

EL INTERVINIENTE, PUNIBILIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

NELSON ANTONIO LOPERA ARANGO

**Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho penal**

Director

DOCTOR RICARDO ECHAVARRIA RAMIREZ

Línea de profundización

Maestría en Derecho

**Universidad EAFIT
Escuela De Derecho
Maestría de Profundización en Derecho Penal
Medellín
2015**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
--------------------------	----------

CAPÍTULO I MODALIDAD DE DELITOS Y LA FIGURA DEL INTERVINIENTE

1. Modalidad de delitos.....	9
1.1. Delitos Comunes.....	9
1.2. Delitos Especiales.....	9
1.2.1. Delitos Especiales Propios.....	10
1.2.2. Delitos Especiales Impropios.....	10
1.3. Delitos de Dominio.....	10
1.4 Delitos de infracción de deber.....	11
2. Intraneus y extraneus.....	14
2.1. ¿Quién es intraneus?.....	14
2.2. ¿Quién es extraneus?.....	14
3. La Autoría en la legislación penal colombiana.....	14
3.1. Autoría.....	15
3.2. La Participación.....	15
3.2.1. La determinación.....	16
3.2.2. La complicidad.....	16

CAPÍTULO II EL INTERVINIENTE

1. Definición.....	17
--------------------	----

2. El interviniente ¿autor o participe?.....	18
3. Tratamiento del Interviniente (extraneus) en el ordenamiento jurídico colombiano.....	20
4. Posición de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.....	26
5. Posición de la Doctrina Nacional y Extranjera.....	30
5.1. Posición del Dr. Miguel Córdoba Angulo.....	30
5.2. Posición del Dr. Fernando Velásquez Velásquez.....	32
5.3. Posición del Dr. Alberto Suarez Sánchez.....	33
5.4. Posición de los doctores Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta.....	35
5.5. Posición del Dr. Claus Roxin.....	40
5.6. Posición del Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.....	43

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA FIGURA DEL INTERVINIENTE

1. Generalidades.....	48
1.1. Breve alusión al derecho de igualdad en materia penal.....	50
2. Principio de igualdad y el interviniente (Corte Constitucional).....	51
3. Toma de posición.....	55
CONCLUSIONES GENERALES.....	61
BIBLIOGRAFIA.....	65

Resumen.

La Ley 599 de 2000 trajo como novedad la figura del “interviniente”, ubicada en el inciso 4 del Art. 30, donde se regula todo lo relacionado con los partícipes. Esta creación legislativa ha generado grandes discusiones doctrinales y jurisprudenciales, por un lado respecto a quiénes se les debe dar el trato de intervinientes, pudiendo ser los autores descritos en el Art. 29, los partícipes descritos en el Art. 30, o tanto a unos como a otros; por otro lado en torno a la ejecución de los delitos especiales o de infracción de deber, en los cuales las formas de responsabilidad penal surgen cuestionables cuando el titular de deberes especiales realiza comportamiento delictivo en coordinación, cooperación o participación de sujetos particulares, como sucede por ejemplo en los delitos contra la administración pública y, por último, si el trato diferencial que hace respecto a la punibilidad la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en la línea jurisprudencial sostenida desde el año 2003, (al reconocerle solo la rebaja establecida en el inciso final del Art. 30 del Código Penal al denominado coautor interviniente, dejando por fuera de esta a los partícipes (determinador y cómplice), no vulnera el principio de igualdad descrito en el Art. 13 de La Constitución Política de Colombia, el Art. 7 de la Ley 599 del 2000 Norma rectora, el Art. 4 de Ley 906 del 2004 Norma rectora, Ley 74 de 1968 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y Ley 16 de 1972 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, de ahí lo pertinente de profundizar en el tema titulado “El Interviniente, punibilidad y principio de igualdad en el derecho penal colombiano.”

Palabras clave. Interviniente, delitos de infracción de deber, responsabilidad penal, sujeto activo cualificado, servidor público, punibilidad, intraneus, extraneus.

Abstract.

The Colombian Criminal Code (Law 599 of 2000) brought a new figure called “intervening” in the article 30 paragraph 4. This new figure has brought great discussion in different ways, particularly, about who should be called “intervening”. In this discussion, the Supreme Court has given different answers about this question. Also, the doctrine related with this issue, present different opinions about this topic. In this research we propose a new way to answer the question about the “intervening” figure, taking the equality principle as the central argument. We propose to limit this new figure only to the people who participate in the crime and only to those people.

Keywords:

“Intervening”. Criminal responsibility. Intraneus. Extraneus.

INTRODUCCION

La incorporación en la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano de la figura del “interviniente” descrita en el inciso 4 del Art. 30, demarca la problemática que origina la discusión doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad penal en los delitos especiales o de infracción de deber. Las formas de responsabilidad resultan cuestionables cuando el titular de esos deberes especiales realiza el comportamiento delictivo en participación, con particulares, como sucede, por ejemplo, en los delitos que protegen el bien jurídico la Administración Pública.

Es relevante entrar a analizar si la mencionada figura del interviniente hace referencia a una categoría totalmente independiente de las ya tradicionales – autoría y participación–, o si por el contrario hace relación a una nueva denominación aplicable a la figura de la participación o únicamente a la autoría o por el contrario se debe entender que la figura del interviniente se puede presentar tanto en la una como en la otra.

La discusión se centra especialmente respecto a quienes se les debe reconocer la calidad de interviniente y cuál debería ser la pena a imponerles. Es ahí donde radica la justificación para analizar el papel que juega esta figura en la interpretación y aplicación de la ley penal colombiana especialmente a nivel jurisprudencial y en el contexto de la legislación penal colombiana actual.

Es importante establecer cuáles son los parámetros punitivos que se derivan de la aplicación de la figura del interviniente, porque en atención a dónde se la ubique y la forma como se interprete, la consecuencia será la rebaja respectiva en el quantum punitivo. Si se entiende como otra forma adicional de participación, el descuento punitivo establecido para esta figura se le deberá hacer a todos los partícipes, a los que concurren como determinadores de la conducta punible, a quienes lo hacen en calidad de cómplices y a los que concurren en la realización directa de la conducta descrita en el verbo rector del tipo penal en coordinación con los sujetos activos calificados, quienes serán llamados en este trabajo investigativo “intervinientes en sentido estricto.”

Esta investigación pretende identificar las respuesta a los interrogantes planteados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, respecto a la ubicación, condición y efectos punitivos propios de la inclusión de la figura del interviniente en la Ley penal colombiana y establecer si la posición actual tomada por este alto tribunal, no solo respecto a la ubicación que hace de la figura del interviniente dentro del Código Penal sino respecto al tema de la sanción impuesta al extraneus que concurra a la realización de los tipos penales especiales, está acorde con el derecho fundamental de la igualdad del Art. 13 de nuestra carta política, el Art. 7 de la Ley 599 del 2000 Norma rectora, el Art. 4 de Ley 906 del 2004 Norma rectora, Ley 74 de 1968 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y Ley 16 de 1972 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

Conceptualmente este trabajo investigativo encara la figura del interviniente, referida al contexto de la legislación, doctrina y jurisprudencia de Colombia. Toma como principal fuente de insumo a los autores nacionales que hayan tratado el tema y la jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Además se tendrá en cuenta el derecho comparado, trayendo a colación distintas producciones literarias de autores extranjeros que tengan relación con el tema de estudio.

La revisión de las principales posturas doctrinales y jurisprudenciales, parte del criterio diferenciador del autor que incluye los debates cardinales respecto a la figura del interviniente, teniendo en cuenta diferentes teorías y discusiones que tratan el tema referente a la concurrencia de particulares en los delitos especiales o de infracción de deber para establecer su responsabilidad.

Adicionalmente se debatirá, conforme a dichas posiciones, si resulta no solo lógico, legal, sino además justo asignar una responsabilidad menor al particular que concorra a la materialización del delito junto al sujeto activo cualificado en los delitos especiales o de infracción de deber, dado que a la luz de lo dispuesto en el Art. 30. Inciso 4 de la Ley 599 del 2000, ese interviniente recibe una sanción más benigna que la del sujeto activo cualificado.

Especial atención se hará en el estudio de los delitos especiales o de infracción de deber, estableciendo diferencias entre éstos y los delitos comunes donde no hay cualificación alguna respecto al sujeto activo.

La investigación está compuesta por tres capítulos en los que hace un análisis de las principales características que desde el punto de vista estructural se han establecido para la identificación de autores y partícipes; así mismo un breve examen de las diferentes modalidades de delitos (comunes, especiales, de dominio y de infracción de deber) y cuál ha sido la posición del legislador respecto a estos temas en el Código Penal Colombiano.

En particular, el primer capítulo titulado modalidades de delitos y la figura del interviniente, toma como objeto de comprensión al autor y al partícipe, la relación de éstos con las diferentes modalidades de delitos, sean comunes, especiales (propias e impropias), de dominio y de infracción de deber; también se hablará de la responsabilidad penal de quien ostenta deberes especiales y de quien no y por último se establecerá quien es el intraneus y que incidencia tiene en los delitos especiales o de infracción de deber.

En el segundo capítulo, titulado el interviniente, concentra su atención en los usos del concepto y significados que adquiere esta figura, procurando establecer si ésta hace referencia al autor o al partícipe; se analizará cuál es el tratamiento de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano, pasando a revisar las posiciones que ha tomado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal y, por último, se analizarán las diferentes posiciones doctrinarias tanto nacionales como extranjeras.

Por último, el capítulo tercero, considera el derecho fundamental de la igualdad y su relación con la figura del interviniente; hace un breve análisis del manejo de este derecho en relación con la punibilidad y más especialmente con el tratamiento que se le da a la figura del interviniente en la legislación penal colombiana. Para este examen se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C- 1122 del 2008, donde se hace el estudio de exequibilidad del artículo 30 del Código Penal. También contiene la posición personal respecto al tratamiento que se le ha dado a la figura del interviniente especialmente por parte de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Penal y, para terminar, se presentan algunas de las conclusiones.

CAPITULO I

MODALIDAD DE DELITOS Y LA FIGURA DEL INTERVINIENTE

El Código Penal Colombiano actual, al igual que el Decreto 100 de 1980, distingue las diferentes formas en que pueden concurrir las personas en una conducta punible, estableciendo diferencias entre autores y partícipes. Se puede afirmar que la legislación penal colombiana desde el año 1980 acoge un concepto restrictivo de autor, como lo estipulan los artículos 28, 29 y 30 de la Ley 599 del 2000. Respecto a este tema sostiene Mir Puig: “El concepto restrictivo de autor supone como autor solo a quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no pueden fundamentar teoría alguna. Este concepto va ligado a la teoría objetiva de la participación, la cual trata de demostrar desde el aspecto formal y el material que sólo deben ser responsabilizados penalmente las personas que por sí mismas concretan el tipo penal. La teoría objetivo formal considera como autor a toda persona cuyo comportamiento entra al círculo que comprende el tipo penal, en tanto el partícipe es aquella persona que aporta cualquier otra contribución causal al hecho”¹.

El Art. 28 Establece expresamente la posibilidad de concurrencia en la realización de la conducta punible de autores y partícipes. En los artículos 29 y 30 se explica quiénes pueden ser autores y quiénes pueden ser partícipes, haciendo una distinción de cada uno de ellos².

En la parte final del artículo 30 se incorpora la figura del interviniente, especificando que ésta solo es aplicable a aquellas personas que concurren a la realización de la conducta punible sin tener las calidades especiales exigidas por el tipo; hace mención a los tipos penales especiales porque estos sólo pueden ser cometidos por sujetos calificados. La figura del interviniente está estrechamente relacionada con la distinción doctrinal entre delitos especiales y delitos comunes

¹MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. 7ª ed. Buenos Aires. 2004. p 393.

² Art. 29. Autores. “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y se realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

Art. 30. Partícipes. “Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”. Cfr. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000.

en la legislación penal colombiana. A continuación de manera muy breve se hará referencia a las diferentes clasificaciones doctrinarias de alguno de esos delitos.

1.- Modalidad de delitos.

1.1. Delitos comunes.

En la ley penal colombiana la mayoría de tipos penales pueden ser cometidos por cualquier persona, no se exige ninguna calificación especial para ser autor de una de esas conductas punibles. Estos se identifican fácilmente, entre otras razones, porque al inicio de la descripción del supuesto de hecho se encuentran expresiones como el que, los que, quien, quienes. Debido a esto es que a esta clase de delitos se les denomina comunes. Ejemplos de estos son: “El que abandone a un menor de doce (12) años...” (Art. 127. Abandono. Código Penal), las lesiones personales, “el que causare a otro daño...” (Art. 111 Código Penal) etc.

1.2. Delitos especiales.

Respecto a este tipo de delitos sostiene el Dr. Córdoba Angulo; “En contraposición a los delitos comunes surgen los especiales, es decir, aquellos que, única y exclusivamente, pueden ser cometidos por determinadas personas, o en los que el ‘autor debe cumplir necesariamente ciertas cualidades o condiciones preestablecidas’, o ‘posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley’, o ‘aquellos en los que, eso se dice, no toda persona puede ser autor’, o aquellos en que la ley ‘exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito’, o en los que ‘el círculo de autores potenciales del delito queda restringido a las personas que reúnen las cualidades exigidas por el correspondiente tipo penal’. Dicho de otra manera, se trata de tipos penales con sujeto activo cualificado, por ejemplo, el prevaricato, la concusión y el peculado, pues para ser autor de los mismos es fundamental e imprescindible que se ostente la calidad de servidor público”³.

Estos delitos especiales se subdividen en delitos especiales propios e impropios.

1.2.1 Delitos especiales propios.

Se dice que son propios porque describen conductas que sólo pueden ser realizadas por aquellos sujetos que ostenten o reúnan las condiciones o calidades exigidas por el tipo penal, de tal manera que si un sujeto que no reúna esas cualidades especiales (extraneus) exigidas por el tipo, realiza la conducta descrita en el supuesto de hecho, éste no puede ser considerado autor y fuera de eso no realiza delito común alguno. Su comportamiento es simplemente atípico.

³ CORDOBA ANGULO, Miguel. La figura del interviniente en el Derecho Penal Colombiano. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2004, Vol. 25, Nro. 76. pp. 73

Frente a este tipo de delitos sostiene el Dr. Córdoba Angulo que; “Por ello, según algunos, la ‘cualidad especial del autor es circunstancia constitutiva de delito’, o esa cualidad exigida ‘opera fundamentando la pena’. El prevaricato es un ejemplo de un delito especial propio, pues sólo lo puede cometer el servidor público, un particular jamás podría ser autor del mismo, por más aporte causal que realice”⁴.

1.2.2 Delitos especiales impropios.

Para el Dr. Córdoba Angulo; “En los delitos especiales impropios también se exige para ser autor, en cualquiera de sus modalidades, que se reúnan las exigencias del tipo, pero, a diferencia de los especiales propios, si quien realiza la conducta no cumple con las calidades es autor de un delito común; por ello se afirma que los delitos especiales impropios tienen correspondencia con un delito común. Se trata de delitos que al ser realizados por personas que reúnen ciertas particularidades ‘la ley pasa a considerarlos como figuras agravadas o privilegiadas’. Dicho de otra manera, los delitos especiales impropios pueden ser cometidos por cualquier persona, sin embargo, la autoría realizada por el sujeto cualificado puede ser una circunstancia agravante o atenuante. El peculado por apropiación (art. 397 C. P.) es un ejemplo de esta modalidad, ya que si quien se apropia de los bienes del Estado es un servidor público (que tenga relación funcional) su conducta se adecua a este tipo penal, pero si quien se apropia de los mismos es un particular, éste realiza un delito de hurto (art. 239 C. P.)”⁵.

1.3. Delitos de dominio.

Para hablar de este tipo de delitos es necesario hacer referencia a la teoría del dominio del hecho. Desde esta teoría se sostiene que sólo puede ser autor de un delito de dominio aquél de quien pueda afirmarse que es la figura central del hecho delictivo⁶, es decir, quien decide si lleva a cabo la conducta punible y la forma de su realización. En este sentido sostiene Sánchez Vera Gómez Trelles, que se debe diferenciar entre dos tipos de delitos, dentro de los cuales se encuentran los de dominio del hecho, de estos sostiene que son la mayoría y dice que; “el legislador ha descrito el comportamiento típico de forma tan precisa como le ha sido posible. En ellos es autor quien domina el hecho descrito en el tipo; en otras palabras, aquel que es señor de un suceso delimitado en sus contornos mediante la descripción del delito de la parte especial del Código Penal correspondiente”⁷.

Para explicar cómo es que se identifican este tipo de delitos este autor utiliza el siguiente ejemplo; “Cuando el Art. 237 del Código Penal Español, establece ‘son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderen de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas (...) o violencia o intimidación en

⁴ Ídem. p. 73 y 74.

⁵ Ídem. P. 74

⁶ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000. p. 44.

⁷ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid y Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, 2002. pp. 27.

las personas', se describe en él una serie de hechos, una situación determinada, que, en su conjunto, ofrece la 'imagen más característica' de un 'ladrón acción'. Autor del delito de robo es, por ello, quien posea el dominio del hecho sobre el suceso descrito en el tipo"⁸.

Con el ánimo de determinar, a partir de diferentes puntos de vista, a qué sujetos se les puede denominar autores de una conducta y a cuáles se les debe denominar partícipes, surgieron una serie de elementos objetivos y subjetivos, de los cuales la teoría del dominio del hecho identifica al autor como aquel sujeto que tiene el control del hecho delictivo en sus manos, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho y al partícipe a todos aquellos otros concurrentes que no tienen dicho dominio.

La teoría del dominio del hecho, "considera que las diferentes formas de desarrollar el hecho punible son las siguientes: a) el dominio de la acción, b) autoría inmediata unipersonal, c) dominio de la voluntad, d) autoría mediata, e) dominio funcional, y en la coautoría, estas se resumen de la siguiente manera:

a) Dominio de la acción: Sostiene que cuando el sujeto de una manera libre y voluntaria lleva a cabo todos los elementos descritos del tipo penal, es el autor del mismo.

b) Dominio de la voluntad: hace referencia a la autoría mediata toda vez que no hace referencia a la realización inmediata, sino a la capacidad de voluntad conductora. Roxin la divide en: i) dominio de la voluntad por virtud de la coacción; ii) dominio de la voluntad por error en el ejecutor instrumental; iii) dominio de la voluntad por utilización de inimputables y jóvenes, y iv) dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

c) Dominio funcional: Este involucra la realización del designio macro donde cada sujeto actúa conjuntamente, teniendo en cuenta que se pueden identificar en ellos una figura central aún en los casos en los que un interviniente no posea el dominio del hecho o de la voluntad"⁹.

1.4. Delitos de infracción de deber.

Manifiesta el Dr. Córdoba Angulo que; "Se caracterizan los delitos de infracción de deber porque lo esencial para la configuración de la autoría es el incumplimiento, la no observación de un deber especial que vincula únicamente a un determinado grupo de personas, quienes están obligadas de manera especial a la protección de un bien jurídico, respecto del cual se encuentran en posición de garantía, como ocurre, p. ej., en los delitos de comisión por omisión (omisión impropia, según algunos). Son ejemplos de esta clase de delitos los cometidos por los servidores públicos en Colombia, como sería el caso del peculado por apropiación (art. 397

⁸ Ibidem., pp. 28.

⁹ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. op. cit., pp. 155 y ss.

C. P.), el prevaricato (art. 413 C. P.), la concusión (art. 404 C.P.). También sería un ejemplo el delito de inasistencia alimentaria (art. 233 C. P.) o el incesto (art. 237 C. P.)¹⁰.

Respecto a los delitos de infracción de deber su máximo exponente ha sido Claus Roxin, quien sostiene: “Más bien, el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido del injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación”¹¹.

Manifiesta el Dr. Córdoba Angulo que; “En los delitos de infracción de deber lo fundamental es precisamente el incumplimiento del deber especial, o del ‘deber jurídico público o jurídico privado’, en tanto lo secundario es el aporte causal y el momento de su incorporación a la realización de la conducta punible, sin que sea necesaria la contribución en el momento de la ejecución del hecho, como sí se requiere en los denominados delitos comunes”¹².

Adicionalmente a esto el Dr. Córdoba Angulo, considera, que este tipo de delitos tiene unos elementos especiales que lo diferencia de otros. Al respecto dice; “Como características de los delitos de infracción de deber se han señalado las siguientes:

1. Unidad de imputación. Significa que si un intraneus realiza un delito de infracción de deber necesariamente se va a responder por este delito, tanto autores como partícipes.
2. El intraneus sólo responde como autor. Cualquiera que sea la intervención del intraneus, independientemente de la calidad, del aporte causal y del momento de su incorporación a la conducta punible, hace que se responda a título de autor. En estos eventos para nada se tiene en cuenta si se tuvo o no el dominio del hecho.
3. El extraneus solo responde como partícipe (determinador o cómplice). Cualquiera que sea la forma de intervención del extraneus en la conducta punible, sólo da lugar a responder como partícipe, es decir, como determinador o cómplice. Dicho de otra manera, un extraneus jamás puede ser autor de un delito de infracción de deber, aunque supuestamente tenga el dominio del hecho”¹³.

¹⁰ CORDOBA ANGULO, Miguel. La figura del interviniente en el Derecho Penal Colombiano. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2004, Vol. 25, Nro. 76. pp. 75.

¹¹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. op. cit., pp. 385 y 386.

¹² CORDOBA ANGULO, Miguel. La figura del interviniente en el Derecho Penal Colombiano. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2004, Vol. 25, Nro. 76. pp. 76.

¹³ Ídem., p 76 y 77

Todo lo anterior significa que es autor intraneus (en cualquiera de sus modalidades) de un delito de infracción de deber quien infringe ese deber especial, quien falta al deber de garante, en tanto partícipe extraneus es aquél que concurre, de alguna manera, en la comisión del delito, pero sin incumplir ese deber, pues no tiene el deber de garante respecto al bien jurídico lesionado.

Para dar claridad en este tipo de delitos, el Doctor Sánchez Vera trae un ejemplo propuesto por Roxin: “el caso de un no funcionario N, que obliga a un funcionario, F, para que éste, a su vez, coaccione a una víctima, V, a realizar una determinada confesión (Art. 343 Código Penal Alemán; cfr. Art. 174 Código Penal Español) N posee el dominio del hecho sobre el suceso puesto que actúa mediante un instrumento que obra coaccionado (F), lo que para Roxin en el supuesto habitual fundamentaría su responsabilidad como autor, pero en cambio no responde como tal, puesto que, según el Derecho Alemán, el tipo solo puede llevarse a cabo por funcionarios puesto que la calidad de funcionario se exige expresamente”¹⁴.

Antes de pasar propiamente al estudio del tema que me convoca en esta investigación, me parece pertinente traer a colación la posición que frente al tema sostiene Günther Jakobs, quien según el propio Roxin ha sido el más importante doctrinante en el desarrollo de este tipo de delitos. La posición de este doctrinante alemán la expondré teniendo como referencia el análisis de Sánchez Vera Gómez Trelles. Sostiene este autor que frente a los delitos de infracción de deber Jakobs establece también una clasificación bifronte de los delitos; por una parte hace relación a los delitos de dominio que también son llamados en virtud de una organización y delitos de infracción de deber y que en ambas categorías responden a dos fundamentos distintos de imputación: “en los delitos de dominio del hecho se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización; en los de infracción de deber, en virtud de una relación de carácter institucional”¹⁵. Frente a la responsabilidad por la organización el Dr. Sánchez Vera, haciendo alusión a Jakobs sostiene que “...se imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte, existe responsabilidad como colorario de la previa existencia de un mundo común entre bien jurídico y autor”¹⁶.

“La autoría y participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho, más exactamente; mediante el quantum de lo organizado, en los delitos de infracción de deber en idéntico sentido que Roxin, la autoría la constituye la lesión del deber”¹⁷. Sin embargo dice el Dr. Sánchez Vera que en Jakobs, “...el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, además y sobre todo, fundamento esencial de la imputación jurídico penal. Que Jakobs subraya, igual que Roxin, que en el delito

¹⁴ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid y Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, 2002. p. 28.

¹⁵ Idem. p 38.

¹⁶ Ibidem. p 39.

¹⁷ Idem. p 39.

de infracción de deber el especialmente obligado habrá de responder, en principio como autor, la incumbencia del interviniente obligado respecto del suceso no viene, pues, delimitada por la regla de si domina o no el hecho, de si ha extendido o no su organización de forma defectuosa, sino que se determina en virtud del especial status del sujeto”¹⁸.

2. Intraneus y extraneus.

La interpretación de la figura del interviniente en la legislación colombiana exige tener claridad respecto a quien se debe entender como intraneus y quien se debe entender como extraneus, pues son dos figuras centrales para facilitar la comprensión del tema propio del presente trabajo.

2.1. ¿Quién es intraneus?

En Colombia, el juicio de tipicidad de una forma muy resumida equivale a un análisis comparativo que debe hacer el intérprete de un tipo penal de la parte especial del Código con una conducta ocurrida en un momento determinado y de esa manera cotejar, y finalmente constatar si dicha conducta humana encuadra o se acomoda a la descripción del tipo penal hecha por el legislador.

En la descripción del tipo penal, el legislador deja claro quién o quiénes son los sujetos activos de dicha conducta y particularmente se observará si en esa descripción típica el legislador hizo alguna mención o exigencia especial en el tipo penal para ser autor de la misma. Cuando después de hacer el análisis se observa que efectivamente el legislador hace un requerimiento especial respecto al autor, estamos al frente de un delito especial y se denominan así por las condiciones o cualidades especiales exigidas para ser autor de dichas conductas punibles y ese sujeto activo calificado es el que se denomina intraneus.

2.2. ¿Quién es extraneus?

Se denominan extranei a los particulares que concurren en la realización de un tipo penal especial, en compañía o coordinación de un sujeto activo calificado. Esos particulares por no tener las calidades especiales exigidas para el autor de dichas conductas se les denomina extraneus.

3. La autoría en la Legislación Penal Colombiana.

Haciendo un paralelo entre el Decreto 100 de 1980, Código Penal de 1980, y la Ley 599 del 2000 referente al tema de autoría y participación en los delitos especiales, se puede evidenciar que en la nueva legislación se detectan novedades importantes, una de ellas es la regulación expresa del actuar por otro, “que procedería no sólo en las hipótesis de representación de personas jurídicas, sino también de representación de personas naturales; figura mediante la cual se

¹⁸ Ibídem. p 40.

pretende cubrir lo que un sector doctrinal considera una ‘laguna de punibilidad’, en aquellos casos de ejecución por un representante legal o fáctico que carece de la calidad especial exigida en el tipo penal, calidad que sin embargo sí concurre en la persona natural o jurídica representada.”¹⁹ Y para dar solución a los problemas que se venían presentando respecto a los tipos penales especiales o de infracción de deber, se incorporó una figura en esta nueva legislación, y es por tanto que se sostiene por algunos autores que: “Así mismo, es también una novedad el inciso final del Art. 30, en el cual se consagró una atenuación de la pena para quien concurre en la realización del tipo sin tener las ‘calidades especiales exigidas en el tipo penal’ – extraneus-...”²⁰.

Se puede plantear que estas novedades surgieron como respuesta a los problemas que se presentaban en el Código Penal anterior, Decreto 100 de 1980, referente al tema de la responsabilidad penal del particular en los delitos especiales²¹.

3.1 Autoría.

En el Art. 29, se distinguen las diferentes formas de autoría, veamos: son “autores” el autor directo o inmediato, el autor mediato o indirecto, y los “coautores”. También es autor “quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona natural o jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente”²², y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalización de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

Con el inciso final del Art. 29 del Código Penal Colombiano, se puede afirmar que el legislador prevé las distintas formas o especies de autoría; por eso afirma que “el autor en sus diversas modalidades incurre en la pena señalada en la ley para la conducta punible”.

3.2 La participación.

La participación se caracteriza porque en la conducta punible fuera del aporte del autor, concurren los aportes dolosos de otras personas que no ostentan esa calidad, por lo cual se les denomina partícipes. Se puede concurrir a través de una instigación o determinación o a través de una complicidad.

¹⁹ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia & SOTOMAYOR, Juan Oberto. Consideraciones Críticas sobre la recepción en Colombia de la “teoría de los delitos de infracción de deber”. Derecho Penal Contemporáneo. En: Revista Internacional, 2006, Vol. 15, p. 162.

²⁰ Ibídem.

²¹ Referente a este tema véase a ECHANDIA, Reyes, A Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 1986, pp. 189 a 192; VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal parte general. Temis, 3ª ed. Bogotá: 1997, pp. 606 y ss.

²² Ley 599 del 2000.

La participación implica indiscutiblemente tomar parte en un injusto doloso que pertenece a otro, es por ello que no se podría predicar esta figura de los delitos culposos y que no puede haber participación sin autoría, pues esta es accesoria de la segunda.

3.2.1. La determinación. El Art. 30 la Ley 599 del 2000 describe de una manera muy clara lo relacionado a la participación. En el inciso primero se refiere a la determinación o instigación. En ésta una persona determina a otra para que realice el injusto penal doloso y la acción del determinador se limita a provocar en al autor la idea delictiva, es decir una vez él ha instigado, depende del autor si se lleva a cabo a o no la realización de la conducta delictiva.

Es importante que se pueda determinar el nexo causal entre la conducta delictiva que se ejecuta y la acción del inductor; es decir que se debe verificar que efectivamente el autor ha realizado el tipo penal al que ha sido impulsado. Si el autor realiza conductas diferentes a las que fue inducido, éste deberá responder por estas, más no el inductor. Otro elemento esencial para la determinación es que el inductor deberá actuar siempre con dolo, por eso se descarta todo tipo de instigación en los delitos imprudentes y es por eso que frente a este tipo de conductas se habla de la existencia de un dolo doble: “El dolo debe dirigirse a producir la resolución de cometer el hecho y a que el autor lo ejecute, comprendidos, desde luego, los elementos subjetivos y la realización del respectivo resultado típico, si el supuesto de hecho lo exigiese (se habla por ello de un dolo doble)”²³.

3.2.2. La complicidad. Es la cooperación dolosa con otra u otras personas en la ejecución de una conducta antijurídica, dolosamente realizada. El cómplice al igual que el instigador, no tiene el dominio del hecho.

Con respecto a esta figura el Dr. Velásquez sostiene “que la acción de complicidad debe en primer lugar, crear o elevar un riesgo para el bien jurídico; en segundo lugar, debe realizar este riesgo en un hecho principal; y en tercer lugar, debe crear un riesgo jurídicamente desvalorado (...) la contribución puede ser de índole intelectual (complicidad psíquica) o consistir en un mero despliegue de actividad física (complicidad técnica), de carácter previo o concomitante al suceso y aun posterior, a condición de que medie promesa anterior al mismo”²⁴. Para poder ser considerado cómplice se debe cumplir con los siguientes requisitos: “Debe haber vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice, de tal manera que el aporte doloso de este suponga una contribución objetiva a aquel, y puede ser de carácter necesario o imprescindible cuando sin ella el hecho no se hubiera realizado (complicidad primaria o necesaria) o de naturaleza no necesaria o prescindible cuando sin contar con tal contribución, el suceso se habría realizado de todas maneras (complicidad secundaria o no necesaria), el cómplice debe

²³ Idem. pp. 587.

²⁴VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General, Cuarta Edición actualizada, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010. p. 589.

actuar en forma dolosa, de donde se deduce la inexistencia de una complicidad culposa en un hecho imprudente, el hecho doloso con que se contribuye debe alcanzar por lo menos el grado de tentativa punible, la complicidad no requiere que la contribución sea coetánea al hecho pues su aporte puede darse antes, durante e incluso después del hecho, con la condición de que medie promesa anterior (de carácter no necesario), de tal manera que no se rompa el vínculo entre el hecho principal y la acción del cómplice”²⁵.

El concurso de personas en la conducta punible comprende tanto la autoría como la participación; pero no obstante lo anterior sostiene el Dr. Velásquez, “debe precisarse, existen dos maneras distintas de regular el fenómeno anterior desde el punto de vista legal, según se opte por un concepto restrictivo de autor o por uno extensivo. De conformidad con el primero, se pueden distinguir distintas formas de concurrencia delictiva, tal como se acaba de exponer, con notable influencia en la punibilidad, que debe imponerse en grados distintos, según se trate de autor o participe. Por su parte, el segundo propio de un derecho penal de la voluntad y que permite colmar todas las lagunas de punibilidad, orientando las sanciones criminales hacia la personalidad del agente o autor, al partir de la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad, entiende que es autor todo aquel que le presta colaboración causal al hecho. Esto impide hacer una distinción entre autores y partícipes, a los que se les da idéntico tratamiento punitivo, lo que obliga a sus partidarios a acudir a las posturas subjetivas en este campo”²⁶.

CAPÍTULO II

EL INTERVINIENTE

1. Definición.

En la legislación penal de 1980 no se hacía referencia a los formas de autoría, como pasa en la actualidad, es decir no distinguía la autoría directa, mediata, coautoría propia e impropia, ni las formas de determinación y su correspondencia con las clasificaciones doctrinarias.

La situación cambia con la entrada en vigencia de la Ley 599 del 2000. En la nueva normatividad son definidas las diversas formas de autoría, Art. 29. (Directa, mediata, la coautoría y autor por representación) y en el Art. 30 se trató todo lo referente a los partícipes, incluyendo cuatro incisos: en el primero establece quienes son los partícipes, haciendo referencia al determinador y al cómplice; en el segundo inciso se explica todo lo relacionado con determinación; en el tercer inciso trata el tema de la complicidad y en el inciso final se incorporó la figura del Interviniente, indicando que “al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la

²⁵ Ibídem.

²⁶ Ídem. p. 566.

pena en una cuarta parte”. Quiere decir lo anterior que cuando el legislador recurre a la figura del interviniente, está haciendo referencia a un particular extraneus que concurre a la realización de un tipo penal especial sin tener las cualidades especiales exigidas para el autor de dicha conducta y es por esa razón que el mismo legislador permite darle un trato diferente en relación al autor respecto a la punibilidad, pues nótese como le reconoce una rebaja de una cuarta parte de la pena para el autor, justificado este trato diferencial en atención al principio de igualdad y proporcionalidad.

2. El interviniente ¿autor o partícipe?

La teoría del dominio del hecho sostiene que autor es aquel que con dominio del hecho ejecuta la conducta típica o instrumentaliza a otro para que la realice, o quien, con división de trabajo, realiza un comportamiento determinante para la ejecución de la conducta punible, y partícipe es quien ayuda o presta una colaboración a la ejecución de la conducta delictiva mediante acuerdo previo o concomitante a la realización del delito o con ayuda posterior acordada anticipadamente, como es el caso de los cómplices, figura en la cual se actúa para otro, pero también es partícipe aquel que instiga, induce o determina a otro para que lleve a cabo una conducta delictiva. Es decir, aquí se actúa para sí mismo pero influyendo en la voluntad de una tercera persona que realiza materialmente la conducta delictiva. Nótese como el legislador al referirse al concurso de personas en la conducta punible, hace una distinción clara frente a los autores y los partícipes. Esta diferenciación es evidente no solo por su ubicación en el código penal, sino además por el nombre jurídico dado a cada una de las formas de participación y por el quantum punitivo que se impone a cada uno de ellos acorde a su aporte.

Entender la figura del interviniente descrita en el inciso final del Art. 30 del Código Penal no es una tarea fácil y menos aún desde la posición que viene sosteniendo respecto a este tema la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Esto es así, porque desde la teoría de los delitos de infracción de deber, autor es aquel que ostenta la condición especial requerida por el delito de sujeto activo calificado, de tal forma que quien no ostente esas calidades requeridas por ese tipo especial, jamás podrá ser considerado autor de dichas conductas, porque el legislador al momento de la creación de este tipo de delitos consideró que los mismos solo pueden ser ejecutados por un grupo selecto de personas, de ahí que revistió al autor de unas cualidades especiales.

Adicionalmente a esto, también fue querer del legislador ubicar la figura del interviniente en el Art. 30 inciso final de la Ley 599 del 2000, quedando incluida esta figura en el artículo que desarrolla el tema de la participación, lo que permite concluir a simple vista que la figura del interviniente debe ser tratada como otra forma de participación, sumada a la determinación y la complicidad. Además de esto, la figura del interviniente no hace referencia a un instituto autónomo, sino de referencia con la cual se busca dar solución a los inconvenientes derivados en aquellos casos donde concurren en la realización de la conducta punible sujetos

calificados y particulares que no cuentan con esas calidades especiales exigidas en el tipo penal especial y es por eso que a esos particulares no obstante ponerlos a responder por el delito especial, manteniendo así la unidad de imputación, se les debe hacer la rebaja de pena establecida en el Art. 30 Inciso final.

Si el aporte consistió en determinar o inducir al sujeto activo calificado responderá como determinador interviniente, haciéndole la rebaja de una cuarta parte de la pena. Si prestó una colaboración o ayuda, anterior, concomitante o posterior con acuerdo previo, responderá como cómplice interviniente, haciéndole la rebaja dispuesta para el cómplice, sumada a la rebaja de una cuarta parte establecida para el interviniente por no tener esas calidades exigidas en el tipo penal especial²⁷. Si el aporte de ese particular es de la misma envergadura que el realizado por el sujeto activo calificado, a éste se le deberá denominar interviniente en sentido estricto, al cual también se le hará la rebaja de una cuarta parte establecida en el inciso final del Art. 30 del Código Penal y se le denominará interviniente en sentido estricto, porque este particular concurre a la realización de la conducta especial con acciones propias de un autor, pero sin serlo y por eso es que no se le trata como determinador ni como cómplice, porque su aporte va más allá. Esta última parte es la tesis sostenida en este trabajo investigativo.

También es posible dar una interpretación distinta, pues al no ser considerada la figura del interviniente como una categoría autónoma y el legislador haberla incluido en el inciso último del artículo 30, ésta se les puede aplicar tanto a autores, coautores y partícipes, haciendo la rebaja de la pena establecida en el inciso final del mencionado artículo²⁸.

Pero además de estos dos formas de interpretación, existe una adicional y es la sostenida en la actualidad por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, la cual entiende que la figura del interviniente descrita en el Art. 30 inciso final no hace referencia ni autores ni a partícipes sino que se refiere exclusivamente al coautor interviniente, al que se refiere como ese particular que sin tener las calidades exigidas para el sujeto activo del tipo penal especial, lleva a cabo la conducta descrita en el verbo rector del mismo, pero por no tener esas calidades se le debe hacer la rebaja del Art. 30 inciso final²⁹.

Las posiciones que ha tenido esta alta corporación frente a esta figura serán objeto de estudio y de críticas en el desarrollo de este trabajo investigativo, y es precisamente con la posición que se va a tomar en el mismo, la cual más adelante se explicará, que se quiere cuestionar la actual posición del alto tribunal, porque es posible considerar que cuando el particular extraneus concurre a la realización

²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. [Consultado el 12 de diciembre 2013]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

²⁸ Cfr. Ibíd.

²⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 08 de julio de 2003. Radicado 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. [Consultado el 9 de enero de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>.

del tipo penal especial desarrollando la conducta descrita en el verbo rector del mismo, hace referencia a un partcipe y ese partcipe es el que se está denominando en este trabajo investigativo como interviniente en sentido estricto, porque concurre a la realización del tipo penal especial no como determinador, ni cómo cómplice, pues su aporte o comportamiento es de la misma envergadura o importancia al del sujeto activo calificado, pero no se le puede dar la calidad de coautor interviniente como antitécnicamente lo hace la Corte Suprema de Justicia desde el 2003,³⁰ porque al denominarlo coautor se le está dando la calidad de autor, según lo establecido en el Art. 29 de la Ley 599 del 2000 y el coautor en este contexto debe tener las mismas calidades del autor y es por eso que se sostiene que en estos eventos se debe entender que este particular tiene la calidad de interviniente en sentido estricto, denominación esta que está acorde a lo establecido en el inciso final del Art. 30 del Código penal, **“Al interviniente que no teniendo las calidades exigidas en el tipo penal concorra en su realización...”**.

3. Tratamiento del interviniente (extraneus) en el ordenamiento jurídico colombiano.

En la legislación penal colombiana actual, la forma como se ha abordado el problema respecto a la intervención o concurrencia de un particular en los delitos especiales o de infracción de deber ha tenido ciertas variaciones desde que entró en vigencia la mencionada normativa, y esto se da especialmente por la inclusión de la figura del interviniente en el inciso final del Art. 30, ya que a este extraneus se le rebaja la pena en una cuarta parte con relación a la pena establecida para el autor del delito especial o de infracción de deber y esto es así, porque ese extraneus no cuenta con las cualidades especiales exigidas en el tipo penal para el autor.

Para entender la figura del interviniente en el ordenamiento jurídico colombiano es clave tener en cuenta unas directrices o presupuestos doctrinarios y dogmáticos básicos que se traerán a colación en esta investigación de una manera muy breve.

Es evidente que la Ley 599 del 2000 adoptó o se identifica mejor con el concepto restringido de autor, también denominado concepto diferenciador de autor³¹, por la forma como se abordan los temas de autoría y participación, ya que se establece una diferenciación entre quienes pueden ser autores de una conducta punible y quienes pueden ser partícipes de la misma en atención no solo a unas cualidades especiales del sujeto activo del tipo penal, sino además en el aporte que hace cada uno de los concurrentes en la comisión de la conducta delictiva.

Nótese como en la Ley 599 del 2000 se establece que “concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”, diferenciando una de otra. Por esta razón todo lo relacionado con la figura del autor la regula el legislador en el

³⁰ Cfr. Idem

³¹ En este sentido, cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. “La autoría en los delitos de infracción de deber”. op. cit., p. 15.

Art. 29 de esta ley y lo que tiene que ver con los partícipes, lo regula en el Art. 30. Por esta diferenciación hecha en la ley penal entre autores y partícipes se puede concluir:

En primer lugar que la legislación penal colombiana se aleja del concepto unitario de autor, como tampoco acepta el concepto extensivo del mismo, como ya se había explicado en páginas anteriores.

En segundo lugar se debe abordar el tema del principio de accesoriedad. Es evidente que la ley penal colombiana se identifica indefectiblemente con este principio y lo hace tanto cualitativa como cuantitativamente.

Desde esta óptica, solo se puede hablar de determinador y de cómplice, es decir de partícipes, en la medida de la existencia previa de un autor. Dicho de otra manera, si no hay autor, tampoco habrá partícipes.

Frente a este tema, el Dr. Velásquez, ha sostenido: “Ninguna duda puede entonces caber en cuanto a que en el Código Penal de 2000 tanto el cómplice como el determinador (en su condición de partícipes) están sometidos al principio de accesoriedad, lo cual significa que su conducta será punible solo en cuanto exista un autor del delito”³².

Se dice que la accesoriedad es cualitativa, porque es fundamental para imputarle responsabilidad penal al partícipe, que el autor como mínimo realice el injusto (conducta típica y antijurídica). Esto se puede evidenciar cuando en el inciso segundo del Art. 30 se estipula que concurre a la conducta punible en calidad de determinador la persona que determine a otro a realizar la conducta antijurídica, y para poder hablar de antijuridicidad previamente se debió verificar la tipicidad, toda vez que ésta es presupuesto de la otra y ambas constituyen lo que es el injusto penal y en el inciso tercero al referirse al cómplice, claramente manifiesta “quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica”. Por esta razón es que se puede sostener que la Ley 599 del 2000 adoptó el principio de accesoriedad limitada, pues solo requiere la presencia del injusto (la tipicidad y la antijuridicidad), sin exigir que el autor actúe con culpabilidad.

Se dice que la accesoriedad es cuantitativa, porque para imputarle responsabilidad al partícipe sea éste determinador o cómplice, necesariamente el autor de la conducta punible debió haber dado inicio a los actos ejecutivos de la conducta, y esto es así, porque si no se demuestra que el bien jurídico protegido por la ley penal se lesionó o se puso efectivamente en peligro como claramente lo estipula el Art. 11 del Código Penal Norma rectora, la conducta no cumpliría con los presupuestos de la antijuridicidad material y por tanto no es punible. Y además frente al dispositivo amplificador del tipo de la tentativa se requiere como requisito sine qua non para poder imputar o atribuir responsabilidad penal, que se haya

³² Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte general, 2.ª ed. Bogotá: Ed. Temis, 2004. pp.465 y ss.

dado inicio o principio de ejecución a la conducta típica; quiere decir lo anterior que el partícipe sea éste determinador o cómplice responde penalmente en la medida en que el autor haya realizado la conducta punible al menos en grado de tentativa.

En tercer lugar hay que tener claro lo referente al tema de la unidad de imputación. En los eventos en que exista la concurrencia de varios sujetos en la comisión de la conducta punible, cada uno de ellos debe responder, pero lo debe hacer teniendo en cuenta el aporte que hizo para la misma y la condición en que lo hizo, pero siempre manteniendo la unidad de imputación, es decir haciendo que cada uno de ellos respondan por el mismo delito, por eso se denomina unidad de imputación.

Esto se puede evidenciar en la medida en que la ley penal colombiana se le impone al autor de la conducta punible la pena establecida para la misma, mientras que a los partícipes, que son accesorios se les castiga en atención a su calidad y participación. En el caso del determinador, dada la importancia de su aporte, se le impone la misma del autor y para el cómplice esta se le disminuye de una sexta parte a la mitad. Art. 30 Incisos 2 y 3 del Código Penal.

Frente a este punto La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha sostenido: “La norma –se refiere al interviniente– en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial...”³³.

En cuarto lugar se dice que únicamente puede ser autor de un delito especial y de infracción de deber aquél que reúna las calidades o infrinja el deber. Y es que al estudiar el principio de legalidad, que es de naturaleza constitucional y legal, se debe entender que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, y en atención a esto es que se debe tener en cuenta que para ser considerado autor, en cualquiera de sus modalidades, en los delitos especiales y de infracción de deber, es indispensable que éste reúna las cualidades especiales o personales o que infrinja ese deber específico. Y la persona que concurra en la comisión de la conducta punible especial o de infracción de deber, cualquiera que sea el aporte causal pero sin reunir esas condiciones personales o especiales o no infrinja el deber, tendrá indiscutiblemente la calidad de partícipe, es decir, determinador o cómplice, pero jamás de autor.

Existe un criterio mayoritario tanto en la doctrina nacional como la extranjera, entre los seguidores de la teoría del dominio del hecho y los partidarios de los delitos de infracción de deber, que únicamente puede ser considerado autor de un delito

³³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. [Consultado el 12 de diciembre 2013]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>. La jurisprudencia ha sido reiterativa en sostener la unidad de imputación en los delitos especiales; como lo señala la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, en el Auto del 3 de junio de 1983, del M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO. También en la sentencia del 29 de julio de 1992, del M. P. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS.

especial o de infracción de deber aquella persona que tenga las cualidades exigidas en el tipo penal especial o que tenga el deber de garante frente a unos bienes jurídicos determinados. Las personas que concurren en la realización de este tipo de conductas sin esas condiciones siempre serán considerados partícipes.

En este sentido el Dr. Reyes Alvarado, partiendo del principio de legalidad sostiene: “pues bien, los tipos penales describen todas conductas predicables de un autor, luego si una norma establece que el comportamiento en ella contenido solo puede ser desplegado por quien tenga una determinada cualificación, entonces únicamente puede ser autor de esa conducta la persona que posea esa específica cualidad”³⁴.

Es indudable que para ser coautor de este tipo de delitos se requieren los mismos requisitos que para ser autor. Quiere decir lo anterior que en los delitos de infracción de deber o especiales, quien no tenga las calidades especiales o no esté vinculado con esa relación de deber no puede ser coautor; la contribución o concurrencia en el delito de un extraneus siempre será considerada como una participación, sea ésta determinación o complicidad.

Partiendo de estas concepciones, no se le encuentra lógica a las posiciones que frente al tema ha tomado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, pues contrario a principios básicos como son la legalidad, tipicidad e igualdad, frente a los temas de autoría y participación, sostenga que un extraneus pueda ser coautor en un delito de infracción de deber. Estas posturas van hacer objeto de análisis y críticas más adelante en esta investigación.

En quinto lugar se debe sostener que la figura del interviniente no es autónoma sino accesoria. Porque partiendo del mismo análisis que se hizo en líneas precedentes referente a los partícipes (determinadores y cómplices), solo se puede imputar responsabilidad penal a un interviniente en la medida que el autor del tipo penal especial realice el injusto penal, es decir la conducta típica y antijurídica, y que este injusto al menos alcance la modalidad de tentativa. Por esta razón es que se sostiene que la figura del interviniente descrita en el Art. 30 inciso final del Código Penal, no es autónoma, sino por el contrario accesoria o de referencia. La misma Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal lo ha reconocido de forma expresa, al respecto a dicho: “El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo penal, toman parte

³⁴ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. op. cit., pp. 10-12. De igual forma, más adelante el autor precisa: “Por el contrario, como el tipo penal está dirigido al autor, todo aquel que sea reputado como tal debe poseer la cualificación eventualmente exigida por el tipo, en respeto al principio de legalidad”.

en la realización de la conducta compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos”³⁵.

Esta misma interpretación ha sido aceptada por un sector de la doctrina colombiana, cuando reconoce que no existe ninguna duda de que la figura del interviniente no corresponde a una categoría dogmática autónoma; y por consiguiente, su contenido debe determinarse por vía de interpretación, la cual a su vez puede hacerse desde dos puntos de vista diferentes: el primero, desde la propia ubicación de dicha figura al interior del Código Penal, y el segundo, desde la concepción teórica de la cual parte nuestra actual legislación penal³⁶.

El actual Código Penal ubicó la figura del interviniente en el inciso final del artículo 30, y es en este artículo donde precisamente el legislador reguló todo lo relacionado con los partícipes, para diferenciarlos de los autores, quienes fueron regulados en sus diferentes modalidades en el Art. 29. Es que si el querer del legislador hubiera sido que la figura del interviniente se aplicara tanto al autor como a los partícipes, así lo hubiera manifestado en la Ley 599 del 2000, ya sea a través de una clausula especial donde haga esta claridad o la hubiera incluido también en un parágrafo del artículo 29, pero no fue así, por tanto su interpretación debe limitarse a los partícipes única y exclusivamente. El error se pudo presentar con la denominación dada a ese inciso final del artículo 30, al interviniente, simplemente hubiera hecho referencia a ese sujeto en los mismos términos como lo hizo con el determinador y el cómplice, es decir como partícipe, limitando con esto al operador jurídico.

Desde este punto de vista, es claro entonces que la rebaja establecida en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 del 2000, únicamente se debía aplicar o conceder a los extranei que concurran a la realización del tipo penal especial, sin dichas calidades o condiciones, es decir se le debería reconocer solo a los partícipes, determinador interviniente y cómplice interviniente, dándole a este último esa doble rebaja. Es decir, por la calidad de cómplice y por la calidad de interviniente simultáneamente, o sea, al partícipe que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización.

Por ello se ha dicho:

“En consecuencia, el hecho de que el legislador haya recurrido a la expresión ‘interviniente’ solo dentro del artículo referido a los partícipes pone en evidencia que su intención era la de establecer normas sobre la regulación de la pena para quienes en calidad de determinadores o cómplices sin cualificación (esto es, en su condición de partícipes extraneus) hubieran intervenido en la ejecución de un delito especial propio. Ese es, por lo demás, el mismo criterio utilizado por el

³⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. [Consultado el 12 de diciembre 2013]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>.

³⁶ Sobre las distintas formas de interpretar la figura del interviniente tratada en Colombia ampliamente, REYES ALVARADO, op. cit., pp. 17 y ss. En sentido similar lo hace SUÁREZ SÁNCHEZ, op. cit., pp. 16 y ss.

legislador alemán al señalar que al partícipe en quien no concurren elementos personales especiales se le concederá una rebaja de la pena; sólo que el Código Penal alemán precisa dentro de esa misma disposición que el concepto de 'partícipe' se refiere de manera expresa a las categorías de inductor y cómplice, aclaración con la que evita la polémica que en nuestro medio ha generado el inciso final del artículo 30 Código Penal"³⁷.

En segundo lugar, si la figura del interviniente se interpreta de conformidad con el sistema utilizado por el legislador del Código vigente encontramos, como ya se dijo en un aparte anterior, que el tratamiento del determinador y del cómplice en cuanto a su punibilidad es accesorio respecto del autor; dicha accesoriedad está expresamente consagrada en el artículo 30 Código Penal. Dicho de manera diferente, los partícipes (determinador y cómplice) responderán siempre y cuando exista un autor de una conducta típica y antijurídica. En consecuencia, también la punibilidad del interviniente siempre será accesorio. No puede imponerse jamás una pena, así sea rebajada, a un interviniente sin la presencia de un autor con calidades o exigencias personales especiales, o que haya infringido el deber que requiera el respectivo tipo penal. Ello confirma la naturaleza accesorio o de referencia del interviniente.

La figura del interviniente se creó para permitir una rebaja de pena a aquellas personas que no reúnen las calidades especiales o no infringen un deber específico, ya que el autor, además de infringir la prohibición del respectivo tipo penal, posee una calidad especial o infringe un deber especial. Es decir, la sanción del autor de un delito especial o de infracción de deber tiene un doble fundamento: por un lado la prohibición que trae el respectivo tipo penal, p. ej., en el peculado, apropiarse de unos bienes del Estado, y por otro la calidad especial o el haber infringido ese deber personalísimo por ser servidor público; en tanto la pena del particular únicamente se fundamenta en dicha apropiación ilícita, pero no en la calidad, que obviamente no posee, y menos en infringir un deber especial que tampoco tiene, y por ello debe tener una menor sanción.

Así las cosas, como lo ha sostenido la doctrina de nuestro país mayoritariamente³⁸, incluso la Sala de Casación Penal inicialmente³⁹, al determinador interviniente se le debe rebajar la pena en una cuarta parte, en tanto al cómplice le es aplicable una doble diminuyente, una la prevista por su calidad de cómplice, y otra por tratarse de un interviniente.

³⁷ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. op. cit., pp. 18-19.

³⁸ En este sentido, cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. El interviniente, op. cit., p. 18; HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de Derecho Penal. Parte general. ob. cit., p. 287. En contra de la doble rebaja para el cómplice, cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General, Cuarta Edición actualizada. op. cit., p. 467, quien sugiere una sola rebaja para el cómplice, la prevista en el inciso 3.º artículo 30 C. P.

³⁹ La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de abril de 2002, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR, aceptó que al determinador interviniente se le rebajara la pena en una cuarta parte y que con relación al cómplice concurrían las dos rebajas de manera acumulada, una la del cómplice y otra la del interviniente. Sin embargo, esta postura fue modificada radicalmente en providencia de la misma Corte del 8 de julio de 2003, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

Pero es que también se puede concurrir a la realización del tipo penal especial no como determinador ni como cómplice, pues dada la importancia de su aporte, el extraneus realiza o desarrolla con su aporte, la conducta a la que hace referencia el verbo rector del tipo, es decir, su aporte es de la misma envergadura que la del autor, y considero que en este caso se hace referencia ya no al (determinador interviniente), ni al (cómplice interviniente), sino al interviniente en sentido estricto, al que hace alusión de una manera directa el inciso final del artículo 30 del Código Penal. Pienso que el error en el que ha incurrido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en las dos posiciones tomadas respecto a este tema⁴⁰, es darle la calidad a ese interviniente en sentido estricto de coautor interviniente, desconociendo con esto todas las concepciones dogmáticas y doctrinarias que sobre el tema se han sostenido y contradiciendo flagrantemente el concepto restringido de autor acogido en la normatividad penal colombiana desde el Decreto 100 del 80, posición esta ratificada en el año 2001 fecha en que entró a regir el Código penal colombiano actual.

4. Posición de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

En vigencia del Decreto 100 de 1980, la Corte estimaba que en casos como el peculado por apropiación el particular podía ser autor de dicha conducta punible porque no se requería para ello de una disposición del bien expresamente autorizada por la ley, es decir, una actividad manifiestamente atribuida al agente como parte de sus funciones⁴¹, lo que se entiende ahora como el deber de garante frente a esos bienes del Estado, y es por esta razón que la Corte daba tratamiento de autor a un extraneus en los delitos especiales. Esta posición tomada por la Corte Suprema de Justicia iba en contravía de la doctrina y la dogmática de la época.

Esta interpretación fue replanteada a mediados de la década del ochenta cuando este alto tribunal entendió que el deber de garante o mejor dicho la alusión a la relación funcional en los delitos contra la Administración Pública se refería a una disponibilidad jurídica y no exclusivamente material, la cual adquiere el servidor público no sólo por ese hecho sino por la atribución específica de la función⁴². La Corte Suprema con este nuevo análisis adoptó un criterio diferenciador de autor, dejando claro que en los delitos especiales o de infracción de deber un extraneus jamás podrá ser tratado ni considerado como autor, pues esta posición está reservada única y exclusivamente para aquellas personas que no sólo tengan la calidad de servidor público, sino que además tengan el deber de garante, es decir la relación funcional respecto a esos bienes jurídicos protegidos por la ley penal.

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 08 de julio de 2003. Radicado 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. [Consultado el 9 de enero de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>.

⁴¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de julio 15 de 1982. M.P. Luis Enrique Romero Soto. Gaceta Judicial. Tomo. CLXX. N° 2408.

⁴² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Casación de 10 de octubre de 1985.

Lo que sí es claro es que antes de la expedición del Código Penal de 1980⁴³ existía una fuerte discusión doctrinaria y jurisprudencial para poder aproximarse a un acuerdo respecto al concepto de autor en los delitos especiales.

Con la entrada en vigencia del nuevo código penal colombiano, Ley 599 del 2000, se limaron esas asperezas. Esto es así porque en esta nueva ley se dejó claro quiénes pueden ser autores de los delitos especiales o de infracción de deber. Y esto se puede evidenciar con la inclusión en este Código de la figura del interviniente en el Art. 30 inciso final, que a la letra dice: “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Es evidente hoy que el ordenamiento jurídico ha optado por la línea que mantiene la unidad del título de imputación para resolver la situación de los extraneus en los delitos especiales. No obstante lo anterior han surgido diferencias en torno a la interpretación y el alcance de lo que sobre esta materia se dispone en el artículo 30 de la Ley 599 de 2000.

Estas diferencias se evidencian en las distintas posiciones que frente al tema ha tomado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Así, en una primera instancia la Corte Suprema de Justicia sostuvo que en el concepto de “intervinientes” contenido en el inciso 4º de esa disposición se encontraban incluidos los autores, coautores, determinadores y cómplices⁴⁴. De esa interpretación se seguía que para establecer la pena aplicable al extraño interviniente en un delito especial, era necesario acudir primero a la graduación establecida en los incisos 2º y 3º del artículo 30 para el determinador o el cómplice, y luego, acumulativamente, a la establecida en el inciso final para el extraño. Respecto a este tema sostuvo la Corte en su primera posición: “...Dicho inciso consagra una disminución punitiva para el interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, concurre a la realización del hecho punible.

Los puntos de partida de la norma en cuestión son entonces dos: Que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial, aspecto éste que se vincula con la presencia de deberes especiales que se concretan en el ámbito de protección del respectivo bien jurídico tutelado. Y que se trate de concurrencia o pluralidad de intervinientes, que pueden hacerlo, en principio, bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29) o bajo cualquier modalidad de participación (art. 30 incisos 1º, 2º y 3º).

El interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja de lege data toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración.

⁴³ CANCINO MORENO, Antonio. El delito de peculado en el nuevo Código Penal. Bogotá: Edit. Temis, 1983. p. 99.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. [Consultado el 12 de diciembre 2013]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>.

De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice).

Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a tres distinciones básicas y guardan correlación con ellas. Por una parte se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes. Por otro lado permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en éste último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave.

Ello también, finalmente, permite conservar, en términos de esa proporcionalidad, los fundamentos de las distinciones hechas por el legislador para justificar la diferencia de trato, es decir, para que produzcan efecto jurídico las diversas graduaciones del tratamiento diferencial entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. Y entre quienes concurren al hecho llevando a cabo aportes de conducta que el legislador disvalora por igual (autores y determinadores) y quienes lo hacen en menor grado y medida (cómplices)⁴⁵.

Considero que en esta sentencia la Corte se adhiere al concepto uniforme de aplicación de la figura del interviniente, y esto es así porque se acepta que dicha figura también se aplica a los partícipes, (determinador y cómplices), de delitos especiales, y la pena a imponer para estos partícipes, en el caso del determinador es la pena establecida para el sujeto activo calificado, disminuida en una cuarta parte, y para el cómplice, se le deben reconocer las dos rebajas establecidas en el Art. 30 inciso tercero, la pena del sujeto activo calificado, disminuida en una sexta parte a la mitad, por tener la calidad de cómplice y la rebaja establecida en el inciso final de este artículo, es decir una cuarta parte adicional por tener la calidad de interviniente.

Con fundamento en lo anterior, se puede aseverar que la figura del interviniente se aplica indistintamente tanto a autores en sus distintas modalidades (Art. 29 Código Penal) como a los partícipes (Art. 30 Código Penal), posición ésta que resulta en muchas oportunidades contraria e incoherente con lo dispuesto en la sistemática del Código Penal Colombiano, Ley 599 del 2000, y con la naturaleza de los delitos especiales o de infracción de deber, como se viene sosteniendo en este trabajo investigativo.

En providencias posteriores⁴⁶, la Corte Suprema de Justicia cambió la anterior interpretación, para señalar que en una aproximación sistemática el término “intervinientes” no puede tomarse como un símil de partícipes, ni como un concepto que engloba a todo aquél que de una u otra forma concurre a la

⁴⁵ Cfr. Ídem

⁴⁶ Auto de 20 de abril de 2007. M.P.: Marina Pulido de Barón. Sentencia de 23 de mayo de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca. Auto de 15 de agosto de 2007. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. Casación discrecional de 5 de diciembre de 2007. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Auto de 23 de enero de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán. Auto de 20 de febrero de 2008. M.P.: Javier Zapata Ortiz. Auto de 9 de abril de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán. Auto de 12 de mayo de 2010. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Auto de 10 de mayo de 2011.

realización de la conducta punible, sino que debe entenderse en un sentido restrictivo de “coautor de delito especial sin cualificación” y que, por consiguiente, la graduación punitiva contenida en ese inciso del aludido artículo 30 se aplica únicamente al extraño que actúa como coautor, no así a quien lo hace como determinador o como cómplice, cuya graduación punitiva se rige exclusivamente por lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del mismo artículo.

En Sentencia de 8 de julio de 2003, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al examinar en sede de apelación la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2002 por el Tribunal Superior de Ibagué, que expresamente se fundamentó en la jurisprudencia contenida en la aludida Sentencia de abril 25 de 2002, expresó: “...Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de partícipes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.

Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuenta sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, *vr.gr.*, si con un servidor público, un particular, concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte, he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo”⁴⁷.

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 08 de julio de 2003. Radicado 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. [Consultado el 9 de enero de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>. Con salvamento de voto del magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, por no estar de acuerdo “... con la variación jurisprudencial que se hace.”

La Corte en esta sentencia hace una revaluación sobre la naturaleza jurídica y la posición que ocupa el interviniente en el ordenamiento jurídico colombiano. En ella da una explicación completa sobre la manera como se integra el artículo 30 de la Ley 599 del 2000, dejando claro que en los delitos especiales o de infracción de deber los partícipes (determinador y cómplice) no requieren condición alguna al momento de concurrir en la realización del tipo penal especial y esto es así porque ninguno de ellos realiza de forma directa dicha conducta, pues solo en el caso de la determinación, su aporte se limita a instigar o determinar al sujeto activo calificado de la conducta quien a lo último es el que realiza la conducta y en caso del cómplice tan sólo presta una colaboración que resulta accesoria. Por esta razón estos partícipes se excluyen de la rebaja establecida en el inciso final del Art. 30 del Código Penal. Con fundamento en lo anterior es que la Corte concluye que la aplicación de la rebaja del interviniente es exclusiva para los coautores intervinientes de la conducta punible especial. Esta línea de pensamiento es la que se mantiene desde el 2003 hasta la actualidad en esta alta Corporación⁴⁸.

5. Posición de la doctrina Nacional y Extranjera.

Las posiciones doctrinarias referentes al tema de la figura del interviniente en la legislación penal colombiana tampoco han sido coincidentes. Estas diferencias se derivan en gran medida por un defecto de la técnica legislativa, por la forma como se incluyó en la Ley 599 del 2000 la figura del interviniente.

Se traerán a colación en este trabajo investigativo de una forma breve distintas posiciones que frente al tema han tomado importantes doctrinantes en el área penal colombiana y dos en el área penal extranjera, lo cual va servir para exponer al final de esta investigación con cuál de esas posiciones me identifico o si por el contrario me separo de ellas y saco mis propias conclusiones.

5.1. Posición del Dr. MIGUEL CORDOBA ANGULO⁴⁹. Respecto al tema de la autoría en los delitos especiales o de infracción de deber sostiene este doctrinante que; “Únicamente puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber aquél que reúna las calidades o infrinja el deber. Partiendo del principio de legalidad, de naturaleza constitucional y legal, en el sentido de que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, es indudable que para ser autor, en cualquiera de sus modalidades, en los delitos especiales o de infracción de deber, es imprescindible que éste reúna las calidades especiales o personales o infrinja ese deber específico. Por el contrario, cualquiera que sea el aporte causal por parte de quien no reúna esas condiciones

⁴⁸ Pueden consultarse las siguientes providencias de la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: Auto de 20 de abril de 2007. M.P.: Marina Pulido de Barón. Sentencia de 23 de mayo de 2007. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca. Auto de 15 de agosto de 2007. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez. Casación discrecional de 5 de diciembre de 2007. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Auto de 23 de enero de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán. Auto de 20 de febrero de 2008. M.P.: Javier Zapata Ortiz. Auto de 9 de abril de 2008. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán. Auto de 12 de mayo de 2010. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas. Auto de 10 de mayo de 2011. Entre otros.

⁴⁹ CORDOBA ANGULO, Miguel. La figura del interviniente en el Derecho Penal Colombiano. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2004, Vol. 25, Nro. 76. pp. 71-95.

personales o especiales o no infrinja el deber tendrá necesariamente la calidad de partícipe, es decir, determinador o cómplice. Dicho de otra manera, en ningún caso y por ningún motivo un extraneus puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber”⁵⁰.

Continúa diciendo el Dr. Córdoba que “Existe pleno consenso tanto entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho como entre los seguidores de los delitos de infracción de deber, en la doctrina nacional como en la extranjera, en el sentido de que en los delitos especiales, o si se quiere de infracción de deber, única y exclusivamente el intraneus puede ser autor del mismo, en tanto el extraneus siempre será partícipe”⁵¹.

Desde esta perspectiva, sostiene el Dr. Córdoba; “...resulta inexplicable, por decir lo menos, que nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, en dos decisiones afirme, contrariando todos los principios y presupuestos básicos de la autoría y participación, que un extraneus pueda ser coautor en un delito de infracción de deber”⁵². Y haciendo un paralelo con las posiciones dogmáticas y doctrinarias que frente a este tema se vienen sosteniendo de vieja data, el doctor Córdoba Angulo manifiesta; “y que tiene absoluta razón un sector de la doctrina colombiana, cuando afirma que no existe ninguna duda de que la figura del interviniente no corresponde a una categoría dogmática autónoma; y por consiguiente, su contenido debe determinarse por vía de interpretación, la cual a su vez puede hacerse desde dos puntos de vista diferentes: el primero, desde la propia ubicación de dicha figura al interior del Código Penal, y el segundo, desde la concepción teórica de la cual parte nuestra actual legislación penal”⁵³. Y es que para él es claro que en la Ley 599 del 2000, la figura del interviniente fue ubicada en el inciso final del artículo 30, o sea el que regula lo atinente a los partícipes, lo que permite concluir que dicha forma de intervención se refiere exclusivamente al determinador y al cómplice descartando con ello al autor, figura esta que es regulada en el artículo 29 del mismo estatuto penal, que si el querer del legislador hubiera sido que esta figura del interviniente se aplicara indistintamente a los autores y partícipes así lo hubiera estipulado.

Manifiesta también el Dr. Córdoba Angulo que una manera práctica y sencilla para entender la figura del interviniente del artículo 30 del código penal; “hubiese sido utilizar la expresión ‘partícipe’ en lugar de ‘interviniente’, con lo cual se habría hecho claridad que dicha disminución punitiva solo cobija a los determinadores o cómplices”⁵⁴.

Así las cosas, continúa afirmado el Dr. Córdoba, “como lo ha sostenido la doctrina de nuestro país mayoritariamente, incluso la Sala de Casación Penal inicialmente, al determinador interviniente se le debe rebajar la pena en una cuarta parte, en

⁵⁰ Ídem. p. 81.

⁵¹ Ibídem.

⁵² Ídem. p. 82

⁵³ Ídem. p. 82

⁵⁴ Ídem. p. 82 y 83.

tanto al cómplice le es aplicable una doble diminuyente, una la prevista por su calidad de cómplice, y otra por tratarse de un interviniente”⁵⁵.

Concluye el respecto al tema del interviniente que; “nadie discute hoy en Colombia que la relación funcional es imprescindible para realizar el juicio de adecuación típica en cabeza del autor. Tanto el principio de legalidad como el de tipicidad son normas rectoras, fundamentadas en la Constitución Política y en la ley, por tanto son obligatorias y prevalentes, no puede haber excepciones a dichos principios”⁵⁶.

5.2. Posición del Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.⁵⁷ Este importante doctrinante sostiene que, “De igual forma en lo que constituye un claro desarrollo del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, que, como ya se dijo, es ‘norma rectora’ de la ley penal colombiana de rango constitucional, la ley también dispone una diminuyente punitiva aplicable a todo aquel que intervenga en la realización de un tipo especial sin tener las calidades exigidas para el sujeto activo, o en uno que exija la realización personal y directa de la conducta típica, esto es, los llamados tipos de propia mano (inciso 4) solo aplicable si se excluye la figura del actuar por otro de que trata el artículo 29 inciso 3; la ley, entonces, se refiere no solo a la realización de la conducta típica por un agente que detenta un oficio, condición o situación determinada, sino a la llevada a cabo por el sujeto que tiene las posibilidades de hacerlo en forma directa y personal. A esta conclusión se llega cuando se observa que la redacción legal emplea el adjetivo ‘especial’ que designa no solo lo singular o particular, sino también lo que es adecuado o propio para algún efecto; además, ambas situaciones son ‘exigidas por el tipo penal’ en los términos ya dichos.

El tenor literal del inciso 4 parece claro al respecto: ‘al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte’⁵⁸.

El Dr. Velásquez, sostiene que la figura del interviniente se refiere sólo a las personas que concurren en la ejecución del tipo penal especial como ‘autoras’ sin tener las calidades exigidas para las mismas (intraneus) o que no puedan realizar por si mismas el hecho punible (de propia mano), que no puedan ser castigadas con la misma pena señalada para el sujeto activo calificado o para el autor de propia mano porque, por razones de índole dogmática y político criminal, se estima que ellas tienen que estar sometidas a una punición inferior. No obstante, sigue diciendo el Dr. Velásquez que “dado que la propia ley asimila para efectos punitivos al instigador (determinador) con el autor (véase artículo 30 inciso 2) con la advertencia de que, como ya se indicó, no se debe producir esa equiparación punitiva en todas las formas de determinación, parece obvio que por determinación de la misma ley, el inciso 4 también cobija esta modalidad de participes cuando sean castigados como el autor; ello parece claro, al inductor que

⁵⁵ Ídem. p 84.

⁵⁶ Ídem. p 90.

⁵⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General, Cuarta Edición actualizada. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010. 955 p.

⁵⁸ Ídem. pp. 593-595.

no reúna la calidad exigida en el tipo penal (por ejemplo la de servidor público, en los tipos especiales) o que determina a otro a realizar un tipo de propia mano por ejemplo el tipo de acceso carnal violento del artículo 205 del Código Penal no puede ser punido con la misma sanción que se señala para el autor, porque el monto de su culpabilidad es diferente, para el caso ello se traduce en una rebaja de la cuarta parte”⁵⁹.

Con Respecto al cómplice el Dr. Velásquez, manifiesta que a pesar “a que, en apariencia, la expresión interviniente parece darle cobijo a esta modalidad de participe y así se podría inferir del tenor literal de la ley (argumento lingüístico), la verdad es que ella no queda contemplada dentro de la formula, porque el mismo legislador se encarga de prever una regulación expresa en la que se comprenden las diversas modalidades de complicidad (necesaria o no necesaria), según ya se dijo (artículos 30 inciso 3 y 61 inciso 4), y establece una diminuyente punitiva que fluctúa entre la sexta parte y la mitad, que se aplica a cualquier cómplice sea que el autor del injusto requiera o no una determinada calidad, sea o no de propia mano. Mal se puede, entonces, predicar que la diminuyente del inciso 4 también se aplica a los cómplices, no sólo porque el codificador así lo ha dispuesto sino porque a ello llevaría el absurdo de predicar una doble rebaja para los mismos, la de los incisos 3 y 4, que político criminalmente hablando no tiene razón de ser; es más, ello tampoco se compadece con la naturaleza de las cosas: una persona no puede ser, al mismo tiempo, participe en un injusto de otro e interviniente en ese mismo injusto”⁶⁰.

Es claro que la posición del Dr. Velásquez, se identifica en parte con la interpretación que en la actualidad le da la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal al inciso 4 del artículo 30 del Código Penal, y esto porque acepta que la rebaja estipulada para el interviniente se le puede reconocer a la persona que concorra como autor en un tipo penal especial, es decir al coautor interviniente y al determinador interviniente, él considera que el legislador de una manera muy clara establece cual es la punibilidad para el cómplice, esto en atención a lo estipulado en el artículo 30 inciso 3, por tanto considera este doctrinante absurdo, que se le reconozca la doble rebaja al cómplice de un delito especial o de un delito de propia mano.

5.3. Posición del Dr. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ.⁶¹ Para este autor, es evidente que la rebaja estipulada en el inciso final del artículo 30 solo procede para los partícipes, no se puede sostener que esta rebaja también este estipulada de manera extensiva de la autoría. Al respecto dice: “desde ya hay que señalar que el ultimo inciso del artículo 30 Código Penal Colombiano no establece ninguna cláusula de extensión o ampliación de la autoría, sino una rebaja de pena para el determinador y el cómplice no cualificado que participe en un delito especial; si

⁵⁹Cfr. Ídem.

⁶⁰Cfr. Ídem

⁶¹ SUAREZ SANCHEZ, Alberto. Autoría 3ª Edición actualizada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 574 p.

fuera una causa de extensión de la autoría estaría en la misma norma que regula la autoría (Art. 29) como lo está clausula general de actuar por otro”⁶².

El Dr. Suárez Sánchez, sostiene que: “La figura del interviniente no calificado sólo se da en los delitos especiales en los cuales sólo es autor quien además de realizar la conducta típica tenga las calidades especiales exigidas en el tipo de la parte especial. Si bien es cierto que la expresión interviniente cobija a toda persona que concurra como autor o participe en la realización de cualquier delito, también lo es que para los efectos del último inciso del artículo 30 Código Penal sólo es interviniente el sujeto no calificado que es participe (determinador o cómplice) en el delito especial”⁶³.

Dice además el Dr. Suárez Sánchez que: “la figura del interviniente descrita en el inciso final del artículo 30 del Código Penal se refiere solo al participe no cualificado, dado que el poseedor de la calidad exigida por el tipo tiene una mayor cercanía con el injusto especial y un mayor deber de protección y tutela del bien jurídico, del cual se encuentra distancia el sujeto no cualificado y esta lejanía que desde lo político criminal le hace merecedor de un tratamiento punitivo diferente”⁶⁴.

Respecto a la complicidad del extraneus en el delito especial, el Dr. Suárez Sánchez manifiesta: “La causalidad que caracteriza la complicidad puede ser de cualquier naturaleza: necesaria, primaria o secundaria. Por muy importante que sea la aportación siempre dará lugar a la complicidad, porque su comportamiento es de referencia; es decir, accesorio al de quien tiene la cualificación típica (el autor), el cual de ninguna manera podrá ser autónomo y principal”⁶⁵.

Para ratificar su posición frente a la figura del interviniente establecida en el artículo 30 del Código Penal el Dr. Suárez Sánchez afirma: “Al contrastarse que la figura del interviniente no cualificado no cobija al autor (inmediato unipersonal y mediato) ni al coautor, ha de deducirse que el legislador creó la figura del interviniente no cualificado para abarcar a quien, sin poder ser autor por no tener las calidades exigidas en el tipo penal, intervenga de cualquier forma y en cualquier momento en la realización del delito, sin tener en cuenta la importancia de su aporte causal ni la fase de su contribución; de modo que la aportación objetiva puede ser importante o secundaria y puede hacerse en la fase preparatoria, ejecutiva o posterior al delito (en este último caso se ha de pactar de manera previa). Sólo importa que no tenga la calidad señalada en el respectivo tipo penal.

En suma, el interviniente no cualificado sólo puede ser determinador o cómplice. Es indispensable fijar la forma de participación de dicho interviniente, porque la rebaja de pena señalada en el último inciso del artículo 30 es única para el determinador y acumulativa para el cómplice, dado que a este se le disminuye la

⁶² SUAREZ SANCHEZ, Alberto. Autoría 3^a Edición actualizada. op. Cit., p. 523.

⁶³ Ibídem.

⁶⁴ Idem. p. 524.

⁶⁵ Idem. p. 525.

pena de una sexta parte a la mitad (inc. 3), de un lado, y en una cuarta parte (inc. 4) de otro”⁶⁶.

Este trato diferencial respecto del quantum punitivo, que se les da a los intervinientes (determinador y cómplice) es decir a los partícipes, se explica y justifica por el Dr. Suárez Sánchez, de la siguiente manera: “Si lo determinante para la autoría en los delitos especiales es la cualificación del sujeto activo, la participación debe tener consecuencias diversas en el ámbito de la punibilidad, porque el partícipe en el delito especial, como ya se dijo, está más distante del injusto especial que el autor. Esas consecuencias se concretan en que la participación (complicidad y determinación) en los delitos especiales da lugar a una reducción de la pena”⁶⁷.

5.4. Posición de los doctores DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUIN y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA.⁶⁸

En el artículo escrito por estos dos autores titulado “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción de deber” plantean que la interpretación que se hace en nuestro país respecto de la teoría de los delitos de infracción de deber no se corresponde con su sustento dogmático, por tanto las soluciones que se viene planteando por parte de la doctrina nacional no es la más adecuada. Consideran que la génesis de este problema se deriva en primer lugar a la importación de postulados penales sin las respectivas críticas y en segundo lugar por la adopción de dichos postulados sin la respectiva adaptación de los mismos a las realidades sociales de nuestro país.

Afirman que “resulta necesario llamar la atención sobre la peligrosa tendencia existente en Colombia de mirar nuestro derecho penal y nuestra realidad desde una perspectiva europea, por el simple hecho de que copiamos sus códigos penales. En efecto, es frecuente en Colombia la adopción de doctrinas europeas, la mayoría de veces sin siquiera analizar previamente que obedecen no solo a una realidad muy diferente, sino que incluso a un derecho positivo que no siempre coincide del todo con el nuestro; doctrinas que al ser simplemente trasplantadas a realidades diversas terminan muchas veces convertidas, para bien o para mal, en ideas distintas”⁶⁹.

Estos dos autores antes de entrar a analizar el tema de la figura del interviniente estipulada en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 del 2000, hacen un análisis de los planteamientos sostenidos por distintos doctrinantes nacionales y extranjeros (Claus Roxin Gunter Jakobs, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier Sánchez Vera Gómez Trelles, Alberto Suárez Sánchez, Miguel Córdoba Angulo, Fernando Velásquez, entre otros) respecto a los delito de dominio del hecho, delitos especiales y delitos de infracción de deber, al igual que las posiciones que

⁶⁶ Idem. pp. 534 y 535.

⁶⁷ Cfr. Idem.

⁶⁸ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia & SOTOMAYOR. op. cit.

⁶⁹ Idem. p 137.

ha sostenido la Corte Suprema de Justicia referente a la figura del interviniente (Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191 y Sentencia de 08 de julio de 2003, Radicado 20704) para posteriormente llegar a sus propias conclusiones respecto a la figura del interviniente, figura ésta que es el tema central de este trabajo investigativo. Para no ser repetitivo, no haré mención en el estudio de este artículo de tales posiciones, debido a que estas ya fueron objeto de análisis dentro de la presente investigación, pero como no comparto algunas posiciones tomadas por estos dos autores en las conclusiones esbozadas al final del artículo, me detendré un poco en lo relativo a los delitos de dominio del hecho y a la infracción del deber.

Respecto al tema del dominio del hecho y la infracción de deber sostienes estos dos autores: “Podríamos decir que existe un relativo consenso alrededor de que el criterio para resolver los problemas de autoría y participación en los delitos es, o deber ser, el dominio del hecho. No obstante, este criterio se evidencia insatisfactorio cuando de tipos especiales se trata, toda vez que en estos se exige una calidad especial en el autor, generándose graves dificultades al momento de determinar una posible responsabilidad penal cuando en la realización del hecho concurren en calidad de coejecutores o partícipes intervinientes que carecen de la referida calidad. Tales dificultades son entre otras:

- a) La imposibilidad de imputar responsabilidad alguna cuando el intraneus induce a un extraneus a la realización de un delito especial propio, dado que quien ejecuta el hecho, dominándolo, no puede ser autor porque le falta la calidad especial y si no hay autor no hay partícipe, teniendo en cuenta la accesoriedad de la participación.
- b) Insatisfacción general por el hecho de tratar al intraneus como partícipe de un delito común, cuando este induce a un extraneus a la comisión de un delito especial impropio.
- c) Imposibilidad de imputar responsabilidad al extraneus cuando se vale de un instrumento intraneus para la comisión de un delito especial propio”⁷⁰.

Respecto a la solución de estos inconvenientes, manifiestan estos dos autores que se pueden identificar dos bloques, en el primero se encuentran los que acuden al criterio del dominio del hecho y en el segundo se ubican los que acuden al criterio de los delitos de infracción de deber renunciando eso sí al criterio del dominio del hecho.

Entre los partidarios de la idea del dominio del hecho como criterio para resolver los problemas de autoría y participación, se detectan a su vez dos versiones: por un lado están los que optan por la ruptura del título de imputación y quienes por el contrario mantienen dicha unidad.

Respecto a la teoría de la ruptura de la unidad de imputación, manifiestan que se tiene como referente la teoría del dominio del hecho para poder identificar autores y partícipes, haciendo claridad que en los delitos especiales además del dominio

⁷⁰ Idem p. 141.

del hecho, se exige que el sujeto confluayan las calidades especiales exigidas en el tipo penal especial.

Respecto a los delitos especiales impropios se sostiene que las personas que concurren en su realización sin tener las calidades exigidas en el tipo, responden únicamente respecto a los tipos penales comunes en los que concurren, es decir que cada uno de los ejecutores del hecho responden por su propio injusto, sería el caso de que si un servidor público, con dominio del hecho, se apropia de bienes del Estado que debe administrar con el apoyo de un particular, el funcionario público será autor del delito de peculado por apropiación mientras que el particular responde a título de autor o cómplice según su dominio del hecho pero del tipo penal de hurto. Tomando este mismo ejemplo si el dominio del hecho lo tiene es el particular y el servidor público únicamente colaboró con aquel pero sin el dominio del hecho frente al apoderamiento de los bienes, el particular responderá como autor del hurto, mientras que el funcionario responderá como participe de peculado.

Referente a los delitos especiales propios, sostiene esta teoría, siempre habrá impunidad en el extraneus, pues no existe un delito común subyacente aplicable a este.

Y es que a esta teoría antes mencionada, se le critican dos cosas, según estos doctrinantes así; “por una parte el hecho de romper con la unidad de incriminación que terminan desnaturalizando el carácter accesorio de la participación; así mismo, en los delitos especiales propios se generan lagunas de punibilidad tanto frente al extraneus participe que siempre sería impune, como en el evento en que sea el extraneus quien domine el hecho y el intraneus lo favorezca o determine, toda vez que no hay autor y por ende la participación decae. Algunos opinan, de todas maneras que en realidad el extraneus sí puede ser participe en el delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado autor, nada impediría que se pueda ser abarcado como cómplice o instigador de dicho delito”⁷¹.

Referente a este tema, pienso que esta teoría es insostenible en la actualidad, porque es claro que en la Ley 599 del 2000, se optó por la teoría de la unidad de imputación y fue precisamente eso lo que motivó la creación de la figura del interviniente en el Art. 30 del Código Penal Colombiano y desde esta óptica no se podría utilizar el concepto de los delitos especiales impropios, pues ya con la unidad de imputación tanto intraneus como extraneus responde por el delito especial, el intraneus como autor y el extraneus como participe (determinador o cómplice) según sea su aporte a la realización del hecho.

Siguen diciendo estos dos autores que: “...La imputación única de la autoría sobre cuya base se construirá la participación dependerá de quien haya ejecutado los hechos con ‘dominio del hecho’. Si este ‘dominio del hecho’ lo tenía el intraneus y el extraneus solamente ha colaborado con un aporte menos importante, este

⁷¹ Idem. p. 143.

último será ‘participe’ del primero en el delito especial. Si el dominio del hecho lo tuvo el extraneus y el intraneus no, el delito cometido será el ‘común’ y el intraneus será partcipe de este delito común”⁷².

De acuerdo con esta propuesta, sostienen estos dos doctrinantes que: “en el evento de un delito especial propio en el cual el extraneus domina el hecho y en intraneus induce o contribuye, la solución correcta sería la impunidad para ambos, porque el extraneus no puede ser autor del delito especial debido a la ausencia de la calidad exigida por el tipo penal y no habiendo autor la participación resulta impune por el principio de accesoriedad, salvo claro está que se trate del representante, evento en el cual podría operar la figura del actuar por otro”⁷³.

Estos dos doctrinantes al abordar el tema de la interpretación del inciso final del Código Penal, artículo 30, plantean: “En efecto, el mero sentido común indica que si el artículo 30 se refería a las ‘participes’, considerando tales al ‘determinador y al cómplice’- inciso 1-; si en los incisos 2 y 3 se dice quién es determinador y quien es cómplice; luego, cuando en el inciso final se habla del ‘interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización’, se está hablando precisamente de los ‘determinadores y cómplices’ no cualificados – extraneus –que intervienen en la realización del hecho por un sujeto cualificado (intraneus).

De esta manera, entonces, el cómplice extraneus de un delito especial, tendría derecho a una doble atenuación: a la del inciso 3, por ser cómplice y no autor; y a la del inciso final, por serlo sin tener la calidad exigida por el respectivo tipo penal. Por el contrario, el determinador extraneus solo tendría derecho a la atenuación del inciso final – por no tener la cualidad exigida por el tipo-, toda vez que de la cualidad de determinador en sí misma no se deriva ninguna atenuación, según nuestro Código Penal- conforme al inciso segundo del artículo 30 del código penal, el inductor ‘incurrirá en la pena prevista para la infracción”⁷⁴. Consideran estos dos doctrinantes que esta interpretación no sólo es la más “lógica, sino que en principio, también sería la más acorde con el texto legal y con los antecedentes del problema en Colombia”⁷⁵.

Reconocen también, que la confusión que se presenta respecto a este tema se debe en gran parte a las polémicas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, especialmente la del 2002⁷⁶ y la del 2003,⁷⁷ sentencias estas que ya fueron repasadas en páginas precedentes.

⁷² Ibídem.

⁷³ Idem. pp. 143-144.

⁷⁴ Idem. p. 163.

⁷⁵ Ibídem.

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. [Consultado el 12 de diciembre 2013]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 08 de julio de 2003. Radicado 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. [Consultado el 9 de enero de 2014]. Disponible en:

Sostienen además respecto a la recepción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción de deber: “la errónea identificación que se ha hecho de los delitos especiales y los delitos de infracción de deber. Ello resulta especialmente relevante porque tanto en la versión de Roxin como en la de Jakobs se trata de conceptos que en ningún caso pueden equipararse”⁷⁸.

“Que la posibilidad de atenuación prevista en el inciso final del artículo 30 para los intervinientes extranei, no es compatible con la teoría de los delitos de infracción de deber, toda vez que la referida atenuación solo puede ser explicada en atención a que a los partícipes les falta la calidad especial exigida en el tipo penal especial. Por el contrario, desde la teoría de los delitos de infracción de deber, el extraneus es partícipe por el simple hecho de que carece de la calidad especial exigida por el respectivo tipo penal, independientemente de lo que haga; por consiguiente, desde tal punto de vista no habría razones que justifiquen el inciso final del artículo 30, puesto que todo extraneus sería partícipe y por tanto su conducta encajaría perfectamente en los incisos 2 determinador o 3 complicidad. Por tanto no habría razones para la doble atenuación del cómplice.

Ello ocurre, porque mientras la determinación de la autoría centren su atención de forma exclusiva en la infracción de deber, no existen criterios que permitan distinguir o graduar los actos de los partícipes, pues desde tal perspectiva no hay manera de diferenciar entre un ‘coejecutor material’, un cómplice y un determinador, en la medida en que todos, de igual manera, serían partícipes, hagan lo que hagan, por no infringir el deber especial”⁷⁹.

Después de hacer un estudio detallado de las diferentes posiciones doctrinarias respecto al tema de la autoría y la figura del interviniente, estos dos doctrinantes llegan a las siguientes conclusiones: “...que el inciso final del artículo 30, solo es aplicable a los casos de intervención de extranei en los delitos especiales impropios, en la medida en que la participación de los extraneus en los delitos especiales propios no es punible, por lo explicado supra”⁸⁰.

No se comparte esta posición, porque como se explicó al inicio de este trabajo, al referirnos a los delitos especiales impropios, donde se concluyó que este tipo de delitos pueden ser cometidos por cualquier persona, sin embargo, la autoría realizada por el sujeto cualificado puede ser una circunstancia agravante, por tanto no sería necesario incluso referirnos a la figura del interviniente, porque en este tipo de delitos no se exige una calidad especial en el autor del mismo, por tanto en la realización de estos delitos solo concurrirían según el caso, autores y partícipes en calidad estos últimos solo de (determinadores y cómplices).

<<http://www.cortesuprema.gov.co/>>. Con salvamento de voto del magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, por no estar de acuerdo “... con la variación jurisprudencial que se hace.”

⁷⁸ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia & SOTOMAYOR, Juan Oberto. op. cit., p. 174.

⁷⁹ Idem. p. 180.

⁸⁰ Idem. p. 188.

Ahora bien respecto a la afirmación que se hace referente a que la participación de los extranei en los delitos especiales propios no es punible, esto tampoco se comparte, porque muy por el contrario, con la adición de la figura del interviniente en el inciso final del artículo 30 de la Ley 599 del 2000, lo que se buscaba precisamente con esta figura era en primer lugar mantener la unidad de imputación que no es otra cosa que hacer que todos los que concurren en la realización de un tipo penal especial propio, respondieran por el mismo, tengan éstos o no las calidades especiales exigidas por el tipo para el autor de la conducta, desde este punto de vista, el sujeto activo calificado responderá en calidad de autor y por tanto se le impondrá la pena establecida para dicha infracción, mientras los otros concurrentes en la realización de la conducta responderán en atención al aporte realizado en el desarrollo de la misma, si el aporte consistió en determinar o inducir al autor de la conducta este responderá como participe en calidad de determinador interviniente, imponiéndole la pena establecida para el autor de la conducta disminuida en una cuarta parte por no tener las calidades exigidas para el autor en el tipo penal especial, si su aporte consistió en prestar una simple ayuda anterior, concomitante o incluso posterior a la conducta pero con acuerdo previo, este responderá como un participe en calidad de cómplice interviniente, imponiéndole la pena establecida para el autor pero con una rebaja de una sexta parte a la mitad de la pena, por tener la calidad de cómplice, disminuida adicionalmente en una cuarta parte por no tener las calidades especiales exigidas por el tipo penal especial para el autor de la conducta, pero adicionalmente a esto cuando el extraneus concorra como coejecutor del tipo penal especial, a este se le denominara interviniente en sentido estricto y por no tener las calidades exigidas por el tipo penal especial, se le deberá disminuir una cuarta parte de la pena establecida para el autor.

5.5. Posición del Dr. Claus Roxin⁸¹. El profesor Roxin se refirió a la figura del interviniente cuando explicó los delitos de infracción de deber, considero importante traer a colación sus apuntes, para con ellos establecer diferencias o similitudes con la posición que se está sosteniendo en la legislación penal colombiana.

Respecto a los delitos de infracción de deber sostiene el profesor Roxin: “Por tanto, podemos considerar cierto que solo un intraneus puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida. (Alguien determina, dados los requisitos del Art. 52 del Código Penal Alemán, a un funcionario a realizar torturas ‘Art. 343 Código Penal Alemán’, tiene, tal como hemos visto supra, el dominio del hecho. Pero sin embargo no es autor de las torturas del Art. 343 del Código Penal Alemán, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario como sujeto del delito), se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener

⁸¹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. op. cit. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000. 798 p.

encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría. Otro tanto es válido para los demás delitos especiales: por ejemplo, el Art. 340 (lesiones en el ejercicio del cargo) no abarca toda lesión cometida por funcionario, sino que el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto de ejercicio del cargo; así pues, es el deber jurídico – público de no dejarse arrastrar a infligir malos tratos en ejercicio de cargo aquel cuya lesión eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado; al igual que el médico y el abogado, en el Art. 300 del Código Penal Alemán, (violación de secreto profesional), que tienen que haber quebrantado el deber de sigilo que surge de una concreta situación real para llegar a ser autores de este tipo delictivo.

De donde, se deduce, asimismo, que tampoco la categoría de los ‘delitos especiales’ comprende aquí el elemento determinante para la autoría. También allí donde el círculo de autores no está limitado desde el principio a determinados profesionales o personas de determinada condición surge el mismo fenómeno. Únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal del Art. 266 del Código Penal Alemán, aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno; quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, solo responde como partícipe. Otro tanto cabe afirmar de la distracción de fondos del Art. 246 del Código Penal Alemán, del quebrantamiento del deber de alimentos del Art. 170 del Código Penal Alemán...”⁸².

Desde ya se puede observar que en Colombia existe una identidad dogmática respecto al tratamiento que se le da a los delitos de infracción de deber en Alemania, pues es claro que para abordar el tema de la figura del interviniente, es de vital importancia tener claridad que esta figura sólo se presenta en ciertos tipos de delitos, en los cuales se requiere de una cualificación especial por parte del sujeto activo, quiere decir lo anterior que solo se puede ser autor de un delito especial o de infracción de deber cuando concurren esas calidades, condiciones o deberes específicos, en el sujeto que realiza la conducta descrita en el verbo rector del tipo penal, a los extraneos jamás se les podrá dar esa calificación.

Sigue diciendo el profesor Roxin: “Mas bien, el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas.

Ejemplo de esta categoría son los ya citados deberes jurídicos – públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido del injusto del hecho y por qué el legislador los

⁸² Ídem. pp. 386-387.

considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esa obligación”⁸³.

Es claro para este doctrinante con respecto a la concurrencia de varias personas en la comisión de un delito de infracción de deber, que necesariamente para tener la calidad de autor no basta la sola aportación en el hecho para ser considerado coautor, es más ni siquiera que tenga dominio del hecho, pues en este tipo de conductas es indispensable para ser autor, el quebrantamiento de un deber impuesto por la ley que este en cabeza de dicha persona, es decir que en cada caso concreto hay que determinar si a la persona a la que se le va indilgar responsabilidad en calidad de autor, tenía el deber de garante respecto ese bien jurídico violentado, porque de lo contrario, en este escenario solo respondería a título de determinador o cómplice, pero jamás como autor o coautor.

Respecto a la autoría en delitos de infracción de deber sostiene Roxin: “En realidad ocurre aquí sencillamente que un acertado entendimiento de la materia desplazada al punto de partida teórico equivocado. Llegando a tener esto claro, se impondrá pronto (incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho) la opinión de que en un delito de este género es determinante un concepto de autor distinto y que es el quebrantamiento del deber especial extrapenal, productor del resultado, lo que fundamente la autoría, sin tener en cuenta ni la voluntad de autor ni dominio del hecho”⁸⁴.

Al tenor de lo aquí sostenido por este importante doctrinante, para poder concurrir en los delitos de infracción de deber en calidad de coautor, necesariamente se debe tener las mismas obligaciones respecto a la protección del bien jurídico quebrantado, es decir tanto el autor como el coautor deben tener el deber de garante frente al bien jurídico afectado por la conducta delictiva.

Frente a esto sostiene Roxin: “La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que al tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común. El ámbito de la coautoría se encoge notablemente, pues sólo cabe hablar de carácter común en este sentido cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez. Así por ejemplo, la vigilancia de internos puede estar a cargo de varios funcionarios de prisiones (Art. 347 Código Penal Alemán) y la conservación y cuidado de cartas y paquetes puede estar confiado a multitud de funcionarios de correos (Art. 354 Código Penal Alemán). En estos casos, según la opinión que aquí se mantiene, ha de estimarse coautoría siempre que alguien, de acuerdo con otros obligados, mediante

⁸³ Idem. pp. 387-388.

⁸⁴ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho, en derecho penal. Séptima Edición. op. cit., pp. 390 y 391.

cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas, coopera en la evasión de presos o en la desaparición de cartas”⁸⁵.

También hay que resaltar que en los delitos de infracción de deber no basta ostentar la calidad de funcionario, o servidor público, necesariamente tiene que concurrir en él, para ser considerado autor, un deber de garante respecto a un bien jurídico determinado, a este respecto afirma Roxin: “También puede ocurrir así en los delitos de funcionarios: si para emitir determinadas certificaciones en el sentido del Art. 348.1 del Código Penal Alemán es competente un determinado funcionario individual, sólo él viene en consideración como autor de este delito, mientras que otros funcionarios que hayan cooperado no pasan de cómplices, pues no es el quebrantamiento de la ética del funcionario en general, sino la vulneración de un específico deber de certificar verídicamente lo que aquí convierte en autor a uno de los implicados”⁸⁶.

5.6. Posición del Dr. Miguel Díaz y García Conlledo⁸⁷. El profesor García Conlledo, quien abordó el tema de la figura del interviniente en Colombia en un artículo denominado “la problemática de la codelincuencia en el código penal colombiano” Hace un análisis crítico de la figura del interviniente, sobre todo en lo que tiene que ver con las posiciones que ha tomado la Corte Suprema De Justicia al momento de solucionar problemas de responsabilidad penal de los extraneus en los delitos especiales.

El Dr. García Conllevo aborda el tema de la figura del interviniente, partiendo de la ubicación sistemática que de la misma hace el legislador en Ley 599 del 2000, sostiene que si esta figura fue anexada en el artículo 30 que es el que regula todo lo relacionado con la participación, debe entenderse entonces que dicha figura hace referencia al determinador y al cómplice mas no al autor, pues entiende que para ser autor de un delito especial se requiere unas cualidades especiales, cualidades estas que hacen parte integral de dichos tipos penales. Al respecto manifiesta: “La ubicación sistemática del precepto colombiano, dentro de un artículo dedicado a la participación y distinto del dedicado a la autoría, y el modelo alemán del apartado 1 § 28, que deja claro que se refiere a los partícipes en sentido estricto y a no a los autores, apuntan a primera vista a que el ‘interviniente’ ha de ser el determinador o el cómplice no cualificado (extraneus) en un delito especial en que el autor es un cualificado (intraneus)”⁸⁸.

Sostiene este autor que “Sin embargo, el que el legislador colombiano no haya sido tan claro como el alemán (que habla de partícipe y detalla incluso que ha de tratarse de inductor o cómplice, mientras que en el apartado 2 § 28 citado utiliza la palabra ‘interviniente’ Beteiligter precisamente para abarcar, como señala expresamente, a autores y partícipes) y, sobre todo, la interpretación que al

⁸⁵ Ibídem.

⁸⁶ Cfr. Ídem.

⁸⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La problemática de la codelincuencia en el Código penal Colombiano, complicidad y acuerdo previo; el interviniente del artículo 30 párrafo final. op. cit.

⁸⁸ Ídem. p. 50.

precepto han dado dos importantes, aunque polémicas (especialmente discutible me parece la segunda de ellas), sentencias de la Corte Suprema de Justicia, hacen que la cuestión no sea tan clara como a primera vista aparecía”⁸⁹.

Para el Dr. García Conlledo, la polémica presentada en nuestro país respecto a la figura del interviniente, se debe a la falta de claridad por parte del legislador al momento de incorporar la figura del interviniente en la Ley 599 del 2000 y esto es así, porque no obstante haber ubicado la figura del interviniente en el artículo que regula lo relacionado con los partícipes, no dijo de manera concreta que al referirse a ella era para que solo abarcara a los partícipes es decir a al determinador y al cómplice. Y esa falta de técnica ha generado diversas interpretaciones especialmente por parte de la Corte Suprema de Justicia y por eso es de vital importancia para este autor analizar las dos posiciones que frente al tema ha sostenido la Corte Suprema de justicia⁹⁰ para poder así, exponer su posición.

Respecto a la sentencia del 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, dice el Dr. García Conlledo; “Es correcta la observación de la primera sentencia (25 de abril de 2002) en el sentido de revisar, cuando proceda, la calificación de cómplice que se daba en sentencias anteriores a la vigencia del actual Código Penal, al parecer, con el fin de atenuar la pena del partícipe extraneus aunque se tratara de un determinador”⁹¹. La anterior interpretación permite aseverar que para el Dr. García Conlledo, la rebaja establecida en el inciso final del Art. 30 de la Ley 599 del 2000, se le debe reconocer tanto al determinador como al cómplice, pues estos dos son los partícipes a los que hace referencia dicha normatividad.

No comparte el Dr. García Conlledo la rebaja de una cuarta parte que se hace indiscriminadamente tanto a autores como partícipes en esta sentencia, dando a entender que la figura del interviniente hace referencia tanto a autores en sus diferentes modalidades (Art. 29) como a los partícipes (Art. 30), al respecto afirma; “La combinación del mantenimiento de la unidad de título de imputación y el otorgamiento de relevancia a la no titularidad de deberes especiales por el extraneus (desde la perspectiva de los delitos de infracción de deber) está presente en las sentencias, especialmente en la primera, que, sin embargo, extiende incorrectamente esa combinación a los autores (mejor sería ‘autores’) extraños (pues, como veremos, es lo que acaba admitiendo). Ya de lo anterior se deduce, como he anunciado varias veces, que, en mi opinión, el interviniente a que se refiere el artículo 30 in fine es un partícipe”⁹².

⁸⁹ Ibídem.

⁹⁰ Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar y Sentencia de 08 de julio de 2003. Radicado 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

⁹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La problemática de la codelincuencia en el Código penal Colombiano, complicidad y acuerdo previo; el interviniente del artículo 30 párrafo final., p.57.

⁹² Idem. p. 66

Respecto a la sentencia del 08 de julio de 2003. Radicado 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote, señala el Dr. García Conlledo qué; “atribuye al cómplice un ‘papel accesorio’ del que no habla en relación con el determinador, no se refiere para nada a la accesoriedad de la participación negándola al determinador (y recayendo así en el concepto unitario de autor antes señalado), sino que se refiere a un papel secundario o de menor trascendencia del cómplice, pero no niega la accesoriedad del determinador respecto del autor (en otro pasaje señala que con la solución propuesta ‘se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias’). Muy clara es en este sentido la primera sentencia (25 de abril de 2002) en diversos pasajes, como cuando (tras declarar igualmente que la interpretación que propone ‘permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias’) señala que en el caso de la complicidad ‘la participación además de accesorio es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave”⁹³.

Continúa el Dr. García Conlledo diciendo que “la aplicación de las reglas de la accesoriedad limitada cuando un extraneus interviene como partícipe en el hecho de que es autor un intraneus conduce a que aquél responda exactamente por el mismo tipo que éste (con la rebaja correspondiente de pena si se trata de una mera complicidad, claro está); es lo que se llama la unidad de título de imputación, a la que se refieren como algo que hay que preservar en las dos importantes sentencias que nos ocupan, en su opinión con razón. Pues una ruptura del título de imputación sería incompatible con el fundamento del castigo de la participación, si éste se concibe desde la perspectiva de una teoría de la causación orientada a la accesoriedad”⁹⁴.

Para el Dr. García Conlledo, la rebaja establecida en el Art. 30 inciso final del código penal, debe ser para el extraneus partícipes (determinador y cómplice) porque respecto de ellos no solo no se identifican esas calidades especiales del sujeto activo calificado del tipo penal especial, sino además su lejanía frente al injusto especial, por eso afirma; “Y he aquí, por tanto, el fundamento o sentido de la regla relativa al interviniente extraño contenida en el párrafo final del artículo 30 Código Penal: supone un compromiso entre el mantenimiento de la accesoriedad limitada y la unidad del título de imputación, por un lado, y el conveniente reconocimiento de la mayor lejanía del extraneus respecto del injusto especial. Supone, si se quiere expresar así, una flexibilización, suavización o atenuación de las consecuencias de la accesoriedad limitada, sin llegar a constituir una excepción a la misma”⁹⁵.

Respecto a la segunda sentencia, el Dr. García Conlledo concluye: “en primer lugar, la apelación a que la aplicación de la regla del último párrafo del artículo 30 Código Penal a los partícipes (determinador y cómplice) extraños en un delito especial vulneraría el principio de igualdad por privilegiar a éstos frente al partícipe

⁹³ Ibídem

⁹⁴ Idem. p. 66

⁹⁵ Idem. p. 66.

en un delito común le parece inadmisibles. El principio de igualdad ordena tratar de modo igual lo que es igual y de modo diferente lo que es diferente. Y quien participa en un delito común (y que podría realizar como autor) se sitúa en una posición accesoria de la del autor, digamos que ésta es su diferencia en cuanto a acceso al injusto (en el cómplice, además, la menor importancia de su aportación, lo que justifica la rebaja de pena), mientras que el extraño que participa en un delito especial muestra un plus de distancia respecto al injusto especial y, por lo tanto, es perfectamente respetuoso con el principio de igualdad reconocerle una diferencia en su responsabilidad penal (que en el caso del cómplice debe sumarse a la rebaja por la menor importancia de su aportación). Puestos a seguir un razonamiento paralelo (e incorrecto) en cuanto al principio de igualdad, se podría decir también que el rebajar la pena al coautor (u otra clase de autor) extraño en un delito especial supondría un trato desigual no fundamentado frente al coautor del delito común”⁹⁶.

Respecto al interrogante ¿Puede el “interviniente” ser un partícipe (determinador o cómplice)? El Dr. García Conlledo afirma: “Desde el punto de vista literal, no cabe duda de que el ‘interviniente’ del párrafo final del artículo 30 C. P. puede ser un partícipe, esto es, determinador o cómplice. Por un lado, interviniente es un término amplio que abarca cualquier modo de implicación en la comisión de un delito. Por otro, es igualmente claro que los partícipes ‘concurren’ en la realización del delito, como pide el citado precepto, pues así lo señala expresamente el artículo 28 C. P. El argumento histórico o de la voluntad legislatoris puede utilizarse en distintos sentidos, pero, desde luego, no excluye de ninguna forma la referencia del precepto a los partícipes”⁹⁷.

Es clara la posición del Dr. García Conlledo, respecto a la rebaja del inciso final del Art. 30 del código penal, pues para él no hay duda que esta rebaja solo abarca a los partícipes, determinador y cómplice, personas estas que concurren a la realización del tipo penal especial sin las cualidades exigidas para el autor del mismo y debido a esa situación no solo se les denomina intervinientes sino que además se les hace una disminución de una cuarta parte de la pena. Para reforzar esta tesis el Dr. García Conlledo sostiene; “Por otra parte, la interpretación de que el partícipe está incluido en el precepto que analizamos cuenta con un argumento sistemático en este caso especialmente fuerte, en mi opinión: se ubica al final de un artículo, el 30 C. P, exclusivamente dedicado a los partícipes, determinador y cómplice, rubricado precisamente ‘partícipes’ y separado totalmente del dedicado a los ‘autores’ (así rubricado), el 29, tras un artículo 28 que señala que concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes”⁹⁸.

Y para no dejar la menor duda de que la rebaja estipulada en el inciso final del mencionado artículo 30, es única y exclusivamente para los partícipes, el Dr. García Conlledo incluso, acude al derecho comparado cuando afirma que; “La

⁹⁶ Idem. pp. 61y ss.

⁹⁷ Idem. p. 69.

⁹⁸ Ibídem.

interpretación de que la regla del ‘interviniente’ extraño se refiere a los partícipes (incluso sólo a los partícipes) puede apoyarse con la apelación al Derecho comparado, en concreto al n.º 1 § 28 StGB, máxime teniendo en cuenta la influencia germánica en el Código Penal colombiano, como señalé al principio. Es verdad, sin embargo, que este argumento no puede ser central, dadas las diferencias de ordenamientos y que también se podría utilizar una especie de razonamiento a contrario: en el n.º 1 § 28 StGB se dice específicamente que se refiere al partícipe, determinador o cómplice, de modo que, como el último párrafo del artículo 30 C. P. colombiano no precisa este extremo, el alcance será distinto”⁹⁹.

Sigue diciendo el Dr. García Conlledo: “que si nos atenemos a la teoría de los delitos especiales o admitimos las consecuencias en materia de autoría de la categoría de los delitos de infracción de deber, a la que con tanto entusiasmo parecen adherirse las dos sentencias, es obvio que autor de estos delitos sólo puede ser el cualificado o el infractor del deber, sino también que el no cualificado o aquel sobre el que no recae el deber no puede ser autor en ningún caso de estos delitos. Desde esta perspectiva y en una lectura sencilla del precepto del último párrafo del artículo 30 Código Penal, resultaría claro que, como el extraño no puede ser autor de estos delitos, el ‘interviniente’ tiene que ser necesariamente un partícipe, o sea, un determinador o un cómplice”¹⁰⁰.

El Dr. García Conlledo termina el análisis de la figura del interviniente sosteniendo lo siguiente; “En conclusión, creo que hay que entender que el último párrafo del artículo 30 C. P. no contiene ninguna cláusula de extensión o ampliación de la autoría, sino simplemente una rebaja de pena a los partícipes en sentido estricto (determinador y cómplice, recibiendo este último doble rebaja de pena respecto de la prevista por la ley para la conducta punible) no cualificados en un delito especial. Ello no es obstáculo para reconocer las dificultades para calificar satisfactoriamente de lege lata algunos supuestos de intervención (en sentido amplio, no en el concretado para el párrafo final del art. 30 C. P.) en relación con delitos especiales. Pero las soluciones deben buscarse de manera más matizada y, en ocasiones, con propuestas de modificación de la ley (como, por ejemplo, la que se produjo en diversos ordenamientos para incluir la figura del actuar por otro), consensuadas, a ser posible, y no apelando a una muy probablemente bienintencionada, pero forzadísima interpretación del citado precepto como (en parte o exclusivamente) una extensión o ampliación de la autoría (en todas, varias o alguna de sus formas) en los delitos especiales”¹⁰¹.

⁹⁹ Idem. p 60-70.

¹⁰⁰ Idem. p 71.

¹⁰¹ Idem. p 77.

CAPITULO III

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA FIGURA DEL INTERVINIENTE

1. Generalidades.

La igualdad ante la ley es un principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de unas cualidades esenciales comunes a todo el género humano que le confieren dignidad en sí misma, con independencia de factores accidentales como el color de piel, las creencias religiosas, la cultura entre otras, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea ella negativa o positiva, en las relaciones entre gobernantes y gobernados así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico.

Esto, en un Estado Social de Derecho, es un agregado armónico puesto en relación con la sociedad a la cual obliga y, en observancia al aludido principio, está llamado a proponer no solo una igualdad formal o de alcance puramente teórico en materia de derechos, deberes y obligaciones, sino que también debe programarse al terreno de lo real o material, para hacerla efectiva mediante fórmulas concretas que eleven las posibilidades de quienes por sus condiciones de manifiesta inferioridad, no alcanzarían de otra manera el nivel correspondiente a su dignidad humana.

En esta dirección, la Corte Constitucional ya ha formulado algunas precisiones sobre el sentido del referido precepto, entre las cuales, se pueden citar las siguientes:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.

Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2º y 3º.

La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad...”¹⁰².

¹⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C- 472 del 29 de mayo de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [Consultado el 3 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-472-92.htm>>.

Se hace relación a un principio general de igualdad entre las personas, cuyo carácter no puede tomarse como absoluto, toda vez que el supuesto del cual se parte no es el de la plena equivalencia entre los sujetos (igualdad de hecho), lo cual es imposible, sino el de una esencia común perfectamente compatible con la natural diversidad de caracteres, propiedades, ventajas y defectos de cada uno y con las distintas circunstancias en medio de las cuales actúan.

De ahí que la igualdad ante la ley en su legítima concepción jurídica, lejos de representar ciega identidad, representa razonable disposición del Derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes. Así lo tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional colombiana, lo que es ratificado por la Corte Suprema de Justicia cuando afirmó mediante sentencia que la igualdad no puede interpretarse como absoluta, matemática, sino “en el sentido de que todos los hombres deben ser igualmente protegidos por la ley; que las cargas deben ser no aritméticamente iguales, sino proporcionales. Es preciso no olvidar jamás que queriendo realizar la igualdad matemática de los hombres, se corre fuerte riesgo de crear la desigualdad.”¹⁰³

En concordancia con lo anterior, el ordenamiento jurídico, fundado en el respeto a la Constitución Política, ha de reconocer el ámbito de la igualdad y discernir en el campo de las desigualdades, a fin de evaluar con criterio objetivo cuáles son las normas que deben plasmar idéntico tratamiento para todos y cuáles, por el contrario, tienen que prever consecuencias jurídicas distintas para hipótesis diferentes.

En conclusión, no desarrolla el principio de la igualdad un ordenamiento jurídico que confiera prerrogativas infundadas o establezca discriminaciones arbitrarias entre iguales, ni tampoco el que atribuya iguales consecuencias a supuestos disímiles, ni el que desconozca a los más débiles el derecho fundamental que la Carta Política les confiere a ser especialmente protegidos, habida cuenta de la debilidad en que se encuentran frente a los demás. Las distinciones que constituya el legislador tienen por límite los derechos fundamentales y principios constitucionales, muy especialmente aquellos que la carta constitucional reconoce y los deberes que impone a las personas y a la sociedad.

Pero puede ocurrir, que por motivos de interés colectivo, de justicia social o de equidad, se hace indispensable que, en desarrollo de postulados constitucionales, se consagren excepciones a las reglas generales, lo cual no puede interpretarse como disolución del principio de igualdad si encajan razonablemente dentro de un conjunto normativo armónico, orientado a la realización de los fines del Estado.

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia 2338 de marzo 5 de 1970. M.P. Dr. Luis Sarmiento Buitrago. Gaceta Judicial. Tomo CXXXVII. p. 72.

El legislador no ha sido ajeno a todas estas concepciones que frente a la igualdad han establecido la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia por eso ha incluido el Art. 7 de la Ley 599 del 2000, Norma rectora, el Art. 4 de Ley 906 del 2004, Norma rectora, artículos 3 y 26 de la Ley 74 de 1968 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y artículo 24 Ley 16 de 1972 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

1.1. Breve alusión al derecho a la igualdad en materia penal.

Es claro que el derecho a la igualdad es uno de los principios fundantes en la creación y aplicación de las normas penales; aunque el legislador puede establecer consecuencias jurídicas diferentes frente a las conductas que sanciona, en todo caso, ha de tener presente que esas diferencias de trato deben tener un sustento objetivo y razonable muy claro, ya que todas las personas son iguales ante la administración de justicia ante la ley.

El derecho de igualdad en materia penal, procesal y de acceso a la justicia, está reconocido en primer lugar como derecho fundamental en nuestra Constitución política, Art. 13, en segundo lugar como norma rectora en la legislación penal Colombiana Art. 7 Ley 599 del 2000, en tercer lugar como norma rectora Ley 906 del 2004¹⁰⁴, en cuarto lugar reconocido en tratados internacionales relacionados con derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente pacto”¹⁰⁵. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁰⁶. Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica. “Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”¹⁰⁷. Y en quinto lugar jurisprudencia de

¹⁰⁴ Art. 4 Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

¹⁰⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Art. 3 de la Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. [Consultado el 12 diciembre 2014]. Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6468>>.

¹⁰⁶ Ibid. Art. 26.

¹⁰⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Art. 24 de la Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”. [Consultado el 12 diciembre 2014]. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37204>>.

las altas Cortes respecto a la estructura del derecho de la igualdad¹⁰⁸ y el precedente jurisprudencial como desarrollo del derecho a la igualdad¹⁰⁹, esa es la razón por la cual el control constitucional respecto de las diferencias de trato establecidas en estos asuntos, debe ser más estricto que el control ordinario para las regulaciones legales en otros ámbitos. Esto, si bien no significa que el legislador se encuentre imperativamente atado a disponer consecuencias idénticas para los diferentes sujetos procesales, pues su libertad para establecer las formas propias de cada juicio o procedimiento autoriza la regulación de cargas jurídicas y efectos diferentes para los distintos actores.

La Corte Constitucional se ha referido al derecho a la igualdad en múltiples ocasiones, señalando que si bien la Carta Fundamental colombiana en su artículo 13 establece un principio general, según el cual, "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley" y, deberán recibir "la misma protección y trato de las autoridades", también establece que "gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica"¹¹⁰. Estos preceptos se traducen en la práctica en la posibilidad de que personas que "se encuentran en las mismas circunstancias reciban idéntico tratamiento por parte de las autoridades, y en el mismo sentido, que las diferencias de trato, obedezcan a criterios razonables de diferenciación que tengan un sustento objetivo"¹¹¹.

2. Principio de igualdad y el interviniente (Corte Constitucional).

Después de hacer una breve reseña respecto al principio de la igualdad, se pretende con este trabajo investigativo establecer si en la actualidad la posición que sustenta la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal referente a la figura del interviniente descrita en el inciso final del Art. 30 del Código Penal respeta o guarda consonancia con el principio de la igualdad establecido en el Art. 13 constitucional, las normas rectoras establecidas en los artículos 7 de la Ley 599 del 2000 y 4 de la Ley 906 del 2004, así como el art. 3 y 26 de la Ley 74 de 1968 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 24 de la Ley 16 de 1972 Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica o si por el contrario dicha posición va en contravía de todos estos presupuestos normativos, constituyéndose esto en una vía de hecho por violación flagrante de derechos fundamentales.

¹⁰⁸ Al respecto, véanse las Sentencias: T- 230-94 M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Sentencia C-22, enero 23-96. M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ

¹⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-698, julio 22/2004. M.P. Rodrigo Uprimni Yepes. [Consultado el 18 de noviembre de 2014]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-698-04.htm>>.

¹¹⁰ Sobre el derecho a la igualdad en la Constitución de 1991 y el principio de no discriminación puede consultarse, entre otras, la sentencia C-952 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1122 del 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [Consultado el 12 diciembre 2014]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-1122-08.htm>>.

Para tal efecto se tendrá como referente la sentencia C-1122 del 2008, de la Corte Constitucional, sentencia por medio de la cual se hizo el análisis de exequibilidad del artículo 30 inciso final del Código Penal donde se analizó si había vulneración del principio de igualdad en la diferencia de pena entre el servidor público y el extraneus en delitos especiales o de sujeto activo calificado.

Es importante dejar claro que en la sentencia en mención la Corte no se detiene a hacer ningún análisis respecto a las dos posiciones que frente al tema del interviniente ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, "...considera la Corte que no le corresponde pronunciarse, desde una perspectiva constitucional, por uno u otro extremo interpretativo, como quiera que la solución del problema jurídico planteado y al que se contrae el análisis de constitucionalidad en la presente providencia, es la misma, independientemente de la opción que sea elegida, esto es, establecer si hay una razón que explique la diferencia de pena entre el servidor público y el extraño. Quedan, por consiguiente, por fuera del ámbito del pronunciamiento de la Corte los problemas de igualdad que puedan plantearse en torno a la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por la diferencia de trato que de ella resulta para los extraneos, según que sean determinadores o cómplices, por un lado, o coautores no cualificados, por otro"¹¹².

La Corte Constitucional respecto al artículo. 13 de la Constitución; "...ha reiterado la tesis según la cual la intensidad del control de constitucionalidad y del juicio de igualdad varía dependiendo de la materia objeto de la norma demandada y sus implicaciones, y que la misma puede corresponder a un test estricto, intermedio o leve. En todo caso, ha señalado la Corte que las citadas etapas corresponden a un orden lógico que conduce a la verificación del trato desigual y que, por consiguiente, el éxito del citado juicio, supone la comprobación sucesiva de cada una de las exigencias que, de acuerdo con la intensidad del test, deben satisfacerse"¹¹³.

Para La Corte es claro que la diferencia de trato en la graduación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 del código penal colombiano, encuentra justificación debido a que el partícipe sea este determinar o cómplice no tiene a su cargo deberes jurídicos específicos que lo liga a los tipos especiales, por tanto de él no se espera un compromiso especial respecto a su protección, lo que sí están obligados hacer quienes si los tengan. Al respecto manifiesta; "La diferencia de pena para el extraño se explica entre otras razones porque éste no infringe el deber jurídico especial que vincula al servidor público, o porque el servidor público se encuentra, en relación con el bien jurídico tutelado, en una situación de poder que implica, a su vez, mayor riesgo para el bien jurídico; o porque con su conducta el servidor público ha defraudado la confianza pública depositada en él, todo lo cual conduce a que sea merecedor de un mayor reproche penal"¹¹⁴.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

Y es por todo lo anterior que la Corte concluye respecto al trato diferencial entre autores y partícipes en el tipo penal especial que; “Ello hace que no necesariamente resulten equiparables las posiciones de los distintos intervinientes y que se abra un margen de configuración para el legislador, en ejercicio del cual se decida, como acontece en la disposición demandada, que el interviniente extraneus responda con base en la pena prevista en el tipo especial, pero atenuada en razón a la circunstancia de no concurrir en él las calidades previstas para el sujeto activo”¹¹⁵.

En este sentido concluye la Corte Constitucional, el Inciso final del Art. 30 del Código Penal, no sólo no contraría el principio de igualdad, sino que tiende a su realización, en la medida en que impide que a un sujeto en quien no concurren las calidades que explican una pena agravada se le sancione tomando como referente ese quantum punitivo agravado.

Pero en esta sentencia la Corte Constitucional como se dijo en precedencia no se pronunció respecto a la posición actual que frente a la figura del interviniente sostiene la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, por tanto todavía queda ese vacío, es decir aun la Corte Constitucional no ha manifestado si dicha posición contraría o no el principio de igualdad establecido en el Art. 13 Constitución Nacional, es más este silencio de la Corte frente a este tema, generó una aclaración de voto por parte del Magistrado. RODRIGO ESCOBAR GIL, quien en esa ocasión manifestó; “Como quiera que a la Corte le corresponde adelantar un control integral de constitucionalidad, al abordar el análisis de una determinada disposición a la luz del principio de igualdad, debe hacerlo en relación con todos los aspectos problemáticos que se adviertan, sin restringir su pronunciamiento a los que hayan sido expresamente planteados en la demanda”¹¹⁶.

Frente la posición que en actualidad sostiene la Corte Suprema, en relación a la figura del interviniente continua diciendo el Dr. Escobar Gil; “Considero, así, que la Corte no debió limitar su pronunciamiento al problema que surgía de la demanda, sino que debió analizar, y decidir, el que surge de la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con la participación de los extranei en los delitos de sujeto activo calificado”¹¹⁷.

Esta aclaración de voto refuerza la tesis sostenida en este trabajo de investigación en relación a que todavía están las puertas abiertas para solicitar un estudio por parte de la Corte Constitucional en relación al principio de igualdad respecto de la posición que actualmente sostiene la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en la que se dice que la rebaja establecida en el Art. 30 inciso final del Código Penal, se le reconoce únicamente al coautor interviniente, dejando por fuera de esta rebaja a los partícipes (determinador y cómplice), aunque en estos tampoco concurren las calidades especiales exigidas por el tipo penal. Lo que

¹¹⁵ Ibídem.

¹¹⁶ Ibídem.

¹¹⁷ Ibídem.

considero es una violación flagrante al principio de igualdad constituyéndose esto en una vía de hecho, que posibilita la interposición de una acción de tutela frente a decisiones judiciales. Y es que no se encuentra una justificación legal, jurisprudencial ni constitucional al trato diferencial frente a la punibilidad de los partícipes (determinador y cómplices) respecto a la rebaja que se le hace al coautor interviniente y fuera de eso, como bien lo sustentó en la toma de posición, la Corte erra al darle la calidad de coautor a un extraneus que concurre a la realización del tipo penal especial o de infracción de deber sin tener las calidades especiales exigidas para el autor de este tipo de conductas, con esto se está violando de una manera flagrante el principio de igualdad, legalidad y de tipicidad en sentido estricto y se está yendo en contravía a la doctrina y la dogmática que respecto a la autoría se viene sosteniendo en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

3. Toma de posición.

La deficiente técnica legislativa ha generado grandes dificultades interpretativas, cuando se trata de consagrar normativamente la figura del interviniente. Debido a esta situación se han presentado una variedad de posiciones por parte de doctrinantes nacionales y extranjeros así como de la Corte Suprema de Justicia que a mi juicio no encajan perfectamente con uno de los derechos fundamentales y normas rectoras del ordenamiento jurídico colombiano, como es el derecho de la igualdad. Es por eso que después de haber hecho un análisis de cada una de las interpretaciones que frente a la figura del interviniente se vienen sosteniendo, pongo a consideración mi propia posición con la cual considero se estaría respetando el principio de igualdad en relación a la pena establecida para aquellas personas que concurren en la ejecución de un tipo penal especial o de infracción de deber, sin tener las calidades especiales exigidas para el autor en este tipo de conductas. Considero que la actual posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal va en contravía de este principio fundamental, contrariando con esto el régimen no solo legal sino constitucional, lo que a mi juicio constituye una vía de hecho, que posibilitaría demandar esta posición a través de la tutela.

En el ordenamiento jurídico penal colombiano, (Ley 599 de 2000), se introdujo la figura del interviniente Art. 30 inciso final, en los artículos 58, 61 y 62, esta ley no utilizó de manera indistinta las expresiones coparticipación y participación criminal, puesto que en diversas ocasiones hizo referencia a ellos para cubrir tanto las formas de concurrencia principal –autoría– como accesoria –participación– de varios sujetos en la intervención de la conducta delictiva como por ejemplo los artículos 58 y 62; en otras oportunidades utilizó el concepto en sentido estricto, como en el artículo 29 y el inciso 1 del artículo 30, y en otros artículos excluyó cualquier referencia a determinadores y autores, y se refirió únicamente a los cómplices, como en el artículo 61.

Todo esto permitiría inferir que cuando el inciso final del artículo 30 señala la posibilidad de sujetos que concurren a la ejecución de la conducta punible sin tener las cualidades especiales exigidas en la ley (principio de legalidad y de tipicidad en sentido estricto), no se está creando una nueva categoría independiente respecto a la pluralidad de sujetos intervinientes, ya que en el artículo 28 de la Ley 599 del 2000 se establecía claramente quienes podrían concurrir a la realización de la conducta punible y estos eran los autores y los partícipes. Esto denota que el interés del legislador con la creación de la Ley 599 del 2000, era establecer una diferenciación entre las personas que pudieran concurrir en la ejecución de las conductas punibles, en atención a su aporte y calidad del mismo, cobijando con esto una nueva posición, lo que permitiría no solo identificar las distintas formas de participación sino además imponer una pena en consideración a la misma, buscando con esto respetar el principio de igualdad establecido en la constitución en el Art. 13, en los artículos 7 y 4 de la Ley 599 del 2000 y Ley 906 del 2004, respectivamente y en los tratados internacionales

firmados y ratificados por Colombia en relación a este derecho, como son El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y La Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica.

Una interpretación distinta a esta, permitiría pensar que la nueva figura traída en el Art. 30 inciso final, es decir la figura del interviniente es un término de referencia y que como tal podría predicarse tanto a todas las modalidades de autoría Art. 29 (autor inmediato, mediato, coautores y autor por representación) como a los partícipes sean estos determinadores y cómplices, es decir, se estaría al frente de un concepto omnicomprendivo y, por tanto, adaptable a todos las personas que concurren en la realización de la conducta punible.

Esta es la posición tomada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en sentencia del 25 de abril de 2002, radicado 12191, con ponencia del Magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar.

La Corte Suprema de Justicia sala de Casación Penal, en sentencia del 8 de julio de 2003, radicado número 20704, con ponencia del Magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote, recoge su precedente y excluye de la aplicación de la figura del interviniente a los partícipes (determinadores y cómplices), indicando que el legislador cuando utiliza la expresión interviniente lo hace en un sentido restringido, es decir, sólo se debe aplicar aquellos sujetos que concurren en la ejecución de la conducta punible en calidad de autores, es decir que su aporte es de la misma envergadura de estos, con él desarrollan plenamente el verbo rector descrito en el tipo penal especial, pero sin tener la cualificación o calidad exigida por el tipo penal especial. Esto significa que la rebaja del interviniente descrita en el Art. 30 Inciso final, se les reconoce exclusivamente a los coautores sin cualificación y excluye de la misma a los partícipes como se dijo con anterioridad.

Como puede observarse, las diferentes posiciones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia respecto a la figura del interviniente no resultan del todo convincentes, especialmente la última, donde sólo se le reconoce la rebaja establecida en el Art. 30 Inciso final, al coautor interviniente, pero considero además que las posiciones adoptadas por algunos doctrinantes nacionales y extranjeros, que fueron objeto de análisis dentro de este trabajo investigativo, también se quedan cortas, porque no obstante se separan de las posiciones tomadas por la Corte Suprema de Justicia, aceptan que la figura del interviniente solo se le puede aplicar a las partícipes es decir a los determinadores y a los cómplices, dejando por fuera a aquellas personas que concurren a la realización del tipo penal especial, pero no en calidad de determinadores y cómplices, sino que estos realizan o toman como suyo el verbo rector descrito en los mencionados tipos, y es precisamente el aporte que se pretende dar en este trabajo investigativo, pues lo que se busca con él es reconocer la rebaja descrita para los intervinientes no solo a los determinadores, ni a los cómplices sino también a los intervinientes en sentido estricto, o sea aquellas personas que concurren al hecho con un aporte igual al del sujeto activo calificado es decir al autor en el que si concurren las calidades exigidas por el tipo especial, pero como en esos extraneus

no se identifican esas condiciones, por eso también se les debe reconocer dicha rebaja y esta es la premisa que se pretende defender e incorporar con este trabajo investigativo, pues considero que con ella si se corresponde a la estructura lógica y objetiva de la categoría que se analiza en este trabajo de tesis, cual es el respeto del derecho fundamental de igualdad frente a la punibilidad de todas las personas que concurren a la realización del tipo penal especial. Es decir reconocerle las rebajas establecidas en el inciso final del Art. 30, aquellas personas que sin tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal especial o de sujeto activo calificado, sin distinción alguna, y respetando la teoría restringida de autor adoptada por la legislación penal colombiana, todo esto significa que la mencionada rebaja se le debe reconocer a todos los partícipes descritos en el Art. 30 del Código Penal, determinador interviniente, cómplice interviniente e interviniente en sentido estricto. Solo a estas personas se les debe reconocer la rebaja de una cuarta parte de la pena establecida para el autor del tipo especial. Esta concepción no puede ser modificada arbitraria o injustificadamente por el legislador, y menos aún como lo viene haciendo al vaivén interpretativo la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en los últimos años.

Es claro que solo puede ser considerado autor de un tipo penal especial o de infracción de deber, aquella persona que realice la conducta descrita en el verbo rector de dicho tipo penal, pero que además concurren en él las cualidades exigidas en el tipo, esto en atención no solo al respeto por el principio de legalidad sino también al de tipicidad en sentido estricto y el principio de taxatividad. Darle la calidad de coautor interviniente a un sujeto que concurre a la realización del tipo penal especial con un aporte similar pero sin tener las calidades especiales exigidas para el autor en el mencionado tipo penal y desconocerle esta calidad y rebaja a los partícipes (determinador y cómplice) es ir en contravía no sólo de los principios de legalidad, de tipicidad en sentido estricto y de taxatividad sino también del principio de igualdad establecido en el Art. 13 Constitucional, el Art. 7 de la Ley 599 del 2000, Norma rectora, el Art. 4 de Ley 906 del 2004, Norma rectora, Ley 74 de 1968 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y Ley 16 de 1972 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

Lo que se considera en esta trabajo investigativo constituye una vía de hecho demandable por vía de tutela, ante los jueces constitucionales y esto es así porque no se observa justo, y menos proporcional, otorgar un descuento punitivo de la cuarta parte al coautor interviniente, sujeto este al que no hizo referencia el legislador cuando anexo esta figura en el inciso final del Art. 30 del Código Penal, donde se regula única y exclusivamente a los partícipes y se desconoce la misma rebaja a los que si iba dirigida, es decir determinadores intervinientes, cómplices intervinientes e intervinientes en sentido estricto como se propone en este trabajo investigativo.

Y es que desde la óptica planteada en este trabajo tampoco se puede aceptar el criterio amplio para aplicar la figura del interviniente, adoptado por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 25 de abril de 2002, con ponencia del Magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, donde se acepta la aplicación de esta figura no sólo a los partícipes sean estos determinadores o cómplices, a los determinadores la rebaja punitiva de una cuarta parte, y los cómplices una doble rebaja por el hecho de ser cómplice y por no concurrir en él las calidades especiales exigidas en el tipo penal para el autor sino también a los autores en cualquiera de sus modalidades, (Art. 29 del Código Penal), postura que resulta mucho más cuestionable toda vez que se admite un desacierto lógico objetivo, porque se le está reconociendo la condición de autor de un delito especial o de infracción de deber a una persona que no es titular de tales cualidades o deberes.

Respecto a la rebaja de pena reconocida a los partícipes de una cuarta parte para el determinador y una doble rebaja para el cómplice, me identifico parcialmente con esta posición y digo parcialmente porque en esta se desconoce qué también concurren en la realización de esos tipos penales especiales personas que no solo determinan, ni prestan una ayuda anterior, concomitante o posterior al hecho con acuerdo previo, sino que su aporte va más allá; toman como suyo el verbo rector descrito en la conducta del tipo especial y es a los que se denominan en este trabajo investigativo intervinientes en sentido estricto, sujetos estos a los que no se hace referencia en esta sentencia, por lo que se considera también se queda corta en el alcance que le quiso dar el legislador a esta figura.

Como no hay una identificación plena con las posiciones tomadas por la honorable Corte Suprema de Justicia en sus diferentes jurisprudencias, como tampoco frente a las sostenidas por los doctrinantes nacionales e internacionales estudiadas en este trabajo, pongo a consideración una propuesta de interpretación y aplicación de la figura del interviniente en la que resulte proporcional, justo y equitativo el descuento punitivo establecido en el inciso final del Art. 30 del Código Penal, con la que se pretende respetar los principios de legalidad, tipicidad en sentido estricto, taxatividad, pero especialmente el principio de igualdad que fue lo que se propuso en este trabajo de investigación, pero debo hacer hincapié en la equivocada posición sostenida en las distintas jurisprudencias emanadas de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que para mí parten de un presupuesto equivocado a la luz de la teoría de los delitos especiales o de infracción de deber, cual es darle la condición de autor a quien materialmente no la tiene, pues el particular nunca podrá ser autor de un delito especial o de infracción de deber.

Es importante aclarar que pasa a un segundo plano el aporte del detentador de deberes especiales, sea este aporte decisivo o no, es decir, si tiene el dominio del hecho, porque lo definitivo para la autoría en los delitos de infracción no es el dominio del hecho sino el incumplimiento, fidelidad o infidelidad a los deberes y, es por eso que nunca un particular puede ser autor, ni coautor interviniente de delito de infracción de deber, si un intraneus instrumentaliza a un extraneus para la realización de un delito de infracción de deber. El intraneus responderá como autor mediato de esa conducta punible y el extraneus como fue instrumentalizado

no responderá por nada. Pero en el caso que concurra un extraneus en la realización de un delito de infracción de deber, prestándole una ayuda anterior, concomitante o posterior con acuerdo previo con el intraneus, este extraneus será cómplice de esa conducta y el intraneus autor de la misma, y en atención a lo sostenido en esta trabajo investigativo, el intraneus se le impondrá la pena del respectivo delito de infracción de deber, mientras que el cómplice se le impondrá la misma pena de ese delito manteniendo con esto la unidad de imputación, pero rebaja de la mitad a una sexta parte y adicionalmente a esta rebaja se le sumara la rebaja establecida en el Art. 30 inciso final para el interviniente, por no tener el deber de garante frente al bien jurídico tutelado, pues aquí no importa la calidad ni la cantidad del aporte material, sino la infracción al deber jurídico público o privado.

Si el extraneus determina al sujeto calificado para que este lleve a cabo un tipo penal especial, este no podrá ser un autor de delito especial, como quiera que para ser autor requiere tener las calidades especiales o, lo que es lo mismo, los deberes jurídicos públicos o privados, en estos casos, el extraneus será un determinador interviniente de ese delito especial, y por no concurrir en el esas calidades especiales o deberes jurídicos se le reconocerá el descuento punitivo de una cuarta parte de la pena, como quiera que para ser considerado interviniente al tenor del Art. 30 inciso final del C.P., sólo necesita concurrir a la realización del tipo penal sin tener las calidades exigidas en el tipo.

Pero si el extraneus concurre a la realización de ese tipo especial y de infracción de deber no como determinador, ni como cómplice, sino con un aporte de la misma envergadura del autor del sujeto activo calificado, al no poder ubicarlo en ninguna de las formas de participación (determinador o cómplice) ni tampoco calificarlo como autor por no tener las calidades especiales, se le va a denominar interviniente en sentido estricto y por tanto se le debe hacer el descuento punitivo de una cuarta parte de la pena establecida para el autor de la conducta. Con esto se está abarcando todos los tipos de concurrencia en el tipo penal especial, y esta rebaja de pena va de la mano con lo establecido en el Art. 13 de la Constitución Nacional, respetando con esto no sólo el principio de igualdad sino el de legalidad y el de tipicidad en sentido estricto y fuera de eso, acogiendo la teoría restringida de autor adoptada en la Ley 599 del 2000. Esta es la postura que se pretende aportar y defender en este trabajo investigativo.

Con lo anteriormente expuesto se pueden hacer las siguientes afirmaciones respecto de la manera como puede ser interpretada la conducta del interviniente en la legislación penal colombiana.

En primer lugar se puede sostener que sólo puede tener la calidad de autor de delito especial y de infracción de deber el intraneus, pues únicamente en él concurren los deberes públicos o privados impuestos por el ordenamiento jurídico. Entendido así el fenómeno, el extraneus desde la postura que se defiende en este trabajo investigativo únicamente puede ser un partcipe, sea este determinador

interviniente, cómplice interviniente o interviniente en sentido estricto Art. 30 incisos segundo, tercero y cuarto respectivamente.

En segundo lugar el intraneus puede ser autor inmediato, autor mediato, coautor, de delito especial y de infracción de deber, porque sólo en él concurren los deberes especiales.

En tercer lugar el extraneus puede ser determinador interviniente, cómplice interviniente e interviniente en sentido estricto, de delito especial, todo depende del tipo de participación en que concurra dicho extraneus en la realización del tipo especial o de infracción de deber y sólo a ellos a nadie más se le debe hacer la rebaja punitiva establecida en el Art. 30 inciso final del Código Penal, ese fue el querer del legislador y por eso es que se puede sostener que con la ubicación establecida en la ley penal para la figura del interviniente se adoptó la teoría restringida de autor y además con ello se está respetando los principios de igualdad, legalidad y tipicidad en sentido estricto.

En cuarto lugar el extraneus que utiliza a un intraneus como instrumento dándose el error o el constreñimiento en él, responde como autor mediato, pero no de delito especial sino común cuando se le pueda imputar alguno, como cuando se instrumentaliza a un servidor público valiéndose de error o coacción para que se apropie de bienes que tiene bajo su cuidado y manejo, en este caso no se estaría hablando del delito peculado por apropiación sino del delito de hurto agravado, por tanto el extraneus respondería como autor mediato del mismo.

En quinto y último lugar sostengo en este trabajo investigativo que en el inciso 4 del artículo 30 del Código Penal también se incluyen extranei que sin tener las calidades exigidas para el autor de los delitos especiales, concurren no solo como determinadores ni como cómplices sino como si fuera un autor pues su participación en el tipo es de la misma relevancia que la del intraneus, pero como no tiene las calidades exigidas en el tipo especial no se le puede denominar ni autor ni coautor y en estos casos para referirse a este tipo de extraneus, es que se debe utilizar la figura del interviniente en sentido estricto al cual se le debe hacer la rebaja de la pena establecida en el inciso final del artículo 30 del Código Penal y esto en razón de que no obstante su aporte se asimila al de un autor, en él no concurren las calidades exigidas para el mismo.

Al pretender extender esta figura como lo está haciendo en la actualidad la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal a los autores, es ir en contravía del querer del legislador cuando creó el Código Penal colombiano y entrar en contradicción directa con los principios de legalidad y tipicidad como lo ha sostenido el Dr. Miguel Córdoba Angulo¹¹⁸.

¹¹⁸ “El considerar, como lo hace la Sala de Casación Penal, como coautor de un delito especial o de infracción de deber a quien no reúne los elementos típicos utilizados por el legislador en la redacción de la una norma penal implica vulnerar de manera flagrante el principio de legalidad, sin que pueda tomarse como excusa para dicha violación el que al coautor interviniente se le rebaje la pena en una cuarta parte. Esta interpretación de la Corte quebranta igualmente el principio de tipicidad, pues en el ejemplo planteado un particular sería

CONCLUSIONES GENERALES

Como punto final de esta investigación y teniendo como referente las consideraciones y análisis realizados a lo largo del mismo, estimo pertinente, y sin incurrir en iteraciones innecesarias, enunciar una serie de conclusiones con las que pretendo sintetizar el tema planteado en este trabajo investigativo junto con las propuestas que a nivel teórico se plantean en el:

A.- Es evidente que el legislador al crear la Ley 599 del 2000, de alguna manera quiso ponerse a tono con la evolución de la teoría del delito que se está desarrollando en la doctrina contemporánea, especialmente la evolución que se viene dando en este tema en la dogmática alemana. Esta nueva concepción permitió construir y adoptar en el ordenamiento jurídico colombiano un concepto diferenciador de autor, logrando con esto hacer una estratificación en la definición de responsabilidades. Por un lado se destaca la figura central de la conducta delictiva, que es el autor en sus diferentes versiones, según lo establecido en el Art. 29 del Código Penal, y por otro lado se hace referencia al papel diferenciador y secundario de los partícipes, sean estos determinadores, cómplices o intervinientes, figura esta última incorporada en esta ley en el Art. 30 inciso final del Código Penal.

B.- El concurso de personas en la ejecución de la conducta punible ha sido tema de continuo avance en la legislación penal colombiana. Nótese como en el Decreto 100 de 1980 existían solo dos artículos que regulaban todo lo referente a la autoría y a la participación, y una más donde se prescribía lo relacionado con la comunicabilidad de circunstancias, lo que hacía imposible imponerle una pena como autor de delito especial y de infracción de deber al extraneus que concurría en tal conducta, pues en ese evento la cualificación del tipo no era una circunstancia personal, y esto era así, porque se trataba de una condición especial que no podía transmitirse de autores a partícipes, lo que hacía que en esos casos el extraneus siempre recibía tratamiento de cómplice, muchas veces sin serlo.

C.- Con la entrada en vigencia del nuevo estatuto penal en Colombia, Ley 599 del 2000, se incorporó una nueva figura, la del interviniente en el Art. 30 inciso final del mencionado estatuto. Es importante resaltar que dicha figura se anexó al artículo que regulaba todo lo relacionado con el instituto de la participación, pero no se refirió a él de manera directa, es decir, no obstante estar esta figura del interviniente en el artículo de los partícipes, no le dio esa calificación y esto se puede evidenciar en la misma redacción del mencionado artículo, pues al inicio dice: “Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.”

coautor interviniente de un peculado por apropiación, pese a no tener la relación funcional con los bienes objeto del apoderamiento. Nadie discute hoy en Colombia que la relación funcional es imprescindible para realizar el juicio de adecuación típica en cabeza del autor. Tanto el principio de legalidad como el de tipicidad son normas rectoras, fundamentadas en la Constitución Política y en la ley, por tanto son obligatorias y prevalentes, no puede haber excepciones a dichos principios.” CORDOBA ANGULO, Miguel. op. cit., pp. 19-20.

De una lectura rápida y descuidada se podría pensar que sólo son partícipes el determinador y el cómplice, pero en el inciso final se dice; “al interviniente que no teniendo las calidades especiales en el tipo penal concurra en su realización...”, quiere decir lo anterior que no sólo se pueden concurrir en la realización de la conducta punible, del tipo especial, el autor, sino además el determinador, el cómplice y el interviniente, pero estos tres últimos en calidad de partícipes y es por eso que están regulados en el Art. 30 de los partícipes. Esta mala redacción por parte del legislador ha generado que se den distintas interpretaciones en torno a esta figura, pues en un comienzo se sostuvo que dicha figura era otra forma de participación criminal y por lo tanto se aplicaba indistintamente a autores como a partícipes, lo cual resultaba bastante exótico desde el punto de vista dogmático, pues se le estaba dando la calidad de autor de un tipo penal especial a un sujeto que concurría en su realización pero sin tener las calidades especiales exigidas en dicho tipo penal. Pero adicionalmente desde el punto de vista que se defiende en esta investigación, esta interpretación resultaba insuficiente para solucionar los diversos casos ya que no siempre el particular concurría en la realización del tipo penal especial como determinador o como cómplice, sino que también puede actuar como autor de la misma pero sin tener las calidades especiales, es decir, este particular hacía un aporte de igual envergadura que la del mismo autor, pero por no tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal no se le puede dar la calificación de autor, sino la de interviniente en sentido estricto porque su aporte difiere al del determinador y al del cómplice, por tanto no puede ser tratado como tal y este es el principal aporte que se hace en esta tesis.

D.- Si el legislador al momento de redactar el artículo 30 del Código Penal se hubiera referido al interviniente como un partícipe más no se estarían dando las discusiones que en la actualidad se están dando en torno a este tema. Piénsese en la siguiente redacción; Art. 30, “Partícipes: son partícipes. El determinador, el cómplice y el interviniente, entiéndase interviniente aquella persona que concurra a la realización de un tipo penal especial sin tener las calidades exigidas para el autor de la misma”. Desde esta óptica se podría dar las siguientes formas de intervención en el tipo penal especial; determinador interviniente, cómplice interviniente e interviniente en sentido estricto. A todos ellos se les hará una rebaja de pena por el solo hecho de no concurrir en ellos las calidades especiales exigidas para el autor del tipo penal especial de una cuarta parte de la pena establecida para el autor. Quiere decir lo anterior que al determinador interviniente se le rebajara una cuarta parte de la pena establecida para el autor, al cómplice interviniente se le hará una doble rebaja, la establecida para el cómplice y a esta se le debe sumar la del cuarta parte por no tener las calidades especiales exigidas en el tipo y cuando el aporte del particular extraneus sea de la misma envergadura o calidad que del autor, a este se le denominara interviniente en sentido estricto, al cual se le hará la rebaja de pena de una cuarta parte al tenor de lo establecido en el Art. 30 Inciso final del Código Penal.

E.-Para la tesis que se sostiene en esta investigación ninguna de las dos posturas sostenidas por la alta corporación¹¹⁹ es correcta desde el punto de vista de la teoría restringida de autoría como tampoco desde el punto de vista de la teoría de los delitos de infracción de deber y esto es así porque la primera posición es demasiado amplia, ya que reconoce el descuento punitivo establecido para el interviniente en el Art. 30 Inciso final, tanto a los autores en sus diferentes modalidades (Art. 29 Código Penal) como a los partícipes (determinadores y cómplices). Se comparte de esta postura lo atinente al descuento punitivo a los partícipes, es decir, la cuarta parte para el determinador interviniente y la doble rebaja para el cómplice interviniente. Una por ser cómplice y otra por ser interviniente, pero se le anexaría a esta postura lo relacionado con el interviniente en sentido estricto, es decir aquel extraneus que concurre en la realización del tipo penal no como determinador ni como cómplice sino con actividades de autor pero por no tener esas calidades especiales exigidas en el tipo para el autor, jamás podrá ser tratado como tal y por eso la nueva denominación “interviniente en sentido estricto.”

Con relación a la segunda posición considero inviable porque al igual que la primera entran en contradicciones lógico-objetivas inherentes a los delitos especiales y de infracción de deber, porque en este tipo de delitos el único que puede ser autor en tales comportamientos es aquel que tenga la asignación de deberes jurídicos públicos o privados especiales. Pero considero que esta posición es todavía más nefasta que la primera, porque adicionalmente a lo anterior se están violando principios como el de proporcionalidad y el de igualdad, toda vez que la Corte le reconoce la rebaja de pena establecida para el interviniente a un sujeto que es considerado por la misma Corte como coautor del tipo penal especial que hace un aporte prácticamente igual al del autor de dicha conducta, pero desconoce esta misma rebaja a los partícipes determinador y cómplice, cuando en estos tampoco concurren las calidades especiales exigidas para el autor del tipo penal especial y fuera de eso su aporte es de menor envergadura. Luego ese trato diferencial no encuadra en los postulados establecidos en el Art. 13 de la Constitución Nacional. y en el Art. 7 de la Ley 599 del 2000, Norma rectora, el Art. 4 de Ley 906 del 2004, Norma rectora, Ley 74 de 1968 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y Ley 16 de 1972 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

F.- La teoría del dominio del hecho es acogida por la Ley 599 del 2000, pero ésta debe ser aplicada de manera tangencial en los delitos de infracción de deber, pues en tal categoría de comportamientos delictivos, el dominio del hecho, parte y se sostiene únicamente por la condición especial del sujeto garante o titular de tales derechos y no por el aporte material. Lo anterior significa que en este tipo de delitos el tener o no las riendas del mismo no garantiza tener la condición de autor, porque por muy insignificante que sea el aporte material del intraneus siempre y cuando se tenga el deber de garante frente a ese bien jurídico, será considerado

¹¹⁹ Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar y Sentencia de 08 de julio de 2003. Radicado 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote

autor, y, por el contrario, por relevante que sea el aporte material del extraneus, éste jamás podrá ser considerado autor porque en él no se identifican las calidades especiales exigidas por el tipo penal especial, ni es titular de deberes especiales, y mientras ese extraneus no tenga tal calidad o tales deberes solo podrá ser tratado como un partícipe es decir como determinador interviniente, cómplice interviniente e interviniente en sentido estricto según lo sostenido en esta trabajo investigativo y es a estos, a los que se les debe hacer la rebaja punitiva de una cuarta parte de la pena establecida en el inciso final del Art. 30 del Código Penal.

G.- Desde el punto de vista planteado en la conclusión anterior, resulta ser más lógico y jurídico interpretar que en los delitos especiales y de infracción de deber sólo puede ser autor (intraneus) quien ostente la calidad o deberes especiales exigidos en el tipo penal y, por lo tanto, los particulares (extranei) sólo pueden ser tratados como partícipes de tales conductas, es decir determinadores intervinientes, cómplices intervinientes o intervinientes en sentido estricto.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia & SOTOMAYOR, Juan Oberto. Consideraciones Críticas sobre la recepción en Colombia de la “teoría de los delitos de infracción de deber”. Derecho Penal Contemporáneo. En: Revista Internacional, 2006, Vol. 15, pp. 133 y ss.
- CANCINO MORENO, Antonio. El delito de peculado en el nuevo Código Penal. Bogotá: Edit. Temis, 1983.
- CORDOBA ANGULO, Miguel. La figura del interviniente en el Derecho Penal Colombiano. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2004, Vol. 25, Nro. 76. pp. 71-95.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La problemática de la codelincuencia en el Código penal Colombiano, complicidad y acuerdo previo; el interviniente del artículo 30 párrafo final. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2005, Vol. 26. Nro. 77. pp. 45-77.
- _____. La autoría en Derecho Penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal Colombiano. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2004, Vol. 25, Nro. 76. pp. 33-65.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, Alberto. Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia. 2002.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. 7ª ed. Buenos Aires. 2004.
- REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Bogotá: Edit. Temis, 1994.
- ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000.
- _____. Derecho Penal. Parte general, T. I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel & DE VICENTE REMESAL, Javier (trads.). Madrid: Edit. Civitas. 1997.
- SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Madrid y Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, 2002.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría 3^a Edición actualizada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

_____. “La autoría en los delitos de infracción de deber”. En: Temas Socio Jurídicos, diciembre de 2002, Vol. 20, Nro. ° 43, pp. 161.

_____. “El interviniente”. En: Derecho Penal y Criminología, Mayo-agosto de 2001, Vol. XXII, Nro. ° 72, pp. 15.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General, Cuarta Edición actualizada. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.

_____. Manual de Derecho Penal. Parte general, 2.^a ed. Bogotá: Ed. Temis, 2004.

REFERENCIAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 de 1968. Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. [Consultado el 12 diciembre 2014]. Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6468>>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969". [Consultado el 12 diciembre 2014]. Disponible en: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37204>>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia 2338 de marzo 5 de 1970. M.P. Dr. Luis Sarmiento Buitrago. Gaceta Judicial. Tomo CXXXVII. p. 72.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 3 de agosto de 1976. M.P. Jesús Bernal Pinzón. Gaceta Judicial. Tomo. CLII. N° 9393.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de julio 15 de 1982. M.P. Luis Enrique Romero Soto. Gaceta Judicial. Tomo. CLXX. N° 2408.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Casación de 10 de octubre de 1985.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C- 472 del 29 de mayo de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [Consultado el 3 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-472-92.htm>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-952 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. [Consultado el 9 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-952-00.htm>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2002, Radicado 12191. M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. [Consultado el 12 de diciembre 2013]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de julio 11 de 2002. Radicado. 11.862. M.P. Fernando Arboleda Ripol. [Consultado el 10 de noviembre de 2013]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de 08 de julio de 2003. Radicado 20704. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. [Consultado el 9 de enero de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-698, julio 22/2004. M.P. Rodrigo Uprimni Yepes. [Consultado el 18 de noviembre de 2014].

Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-698-04.htm>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Providencia del 11 de febrero de 2004. Radicado 18050. M.P. Yesid Ramírez Bustos. [Consultado el 9 de enero de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto de 20 de abril de 2007. M.P. Marina Pulido de Barón. [Consultado el 10 de marzo de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 23 de mayo de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. [Consultado el 29 de mayo de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 15 de agosto de 2007. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. [Consultado el 10 de marzo de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Casación discrecional de 5 de diciembre de 2007. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. [Consultado el 10 de marzo de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 1122 del 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [Consultado el 12 diciembre 2014]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-1122-08.htm>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 23 de enero de 2008. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. [Consultado el 15 de abril de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 20 de febrero de 2008. M.P. Javier Zapata Ortiz. [Consultado el 15 de abril de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 9 de abril de 2008. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. [Consultado el 20 de abril de 2014]. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 12 de mayo de 2010.
M.P. Yesid Ramírez Bastidas. [Consultado el 20 de junio de 2014].
Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de 10 de mayo de 2011.
M.P. Yesid Ramírez Bastidas [Consultado el 20 de abril de 2014].
Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/>>